FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

ÉTUDE

SUR

L'INSINUATION

EN DROIT ROMAIN

ET

LA TRANSCRIPTION

EN DROIT FRANÇAIS

PRÉCÉDÉE D'UNE

INTRODUCTION HISTORIQUE

SUR LES CONDITIONS DE LA PROPRIÉTÉ DU SOL CHEZ LES ROMAINS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue dans la grande salle de la Faculté de Droit

PAR HENRI CHRÉTIEN

Avocat à la Cour impériale.

CAEN

IMPRIMERIE GOUSSIAUME DE LAPORTE,

RUE AU CANU, 5.

1864

A Monsieur Faustin Hélie
Témoignage de profond respect
H. Chrétien

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

ÉTUDE

SUR

L'INSINUATION

EN DROIT ROMAIN

ET

LA TRANSCRIPTION

EN DROIT FRANÇAIS

PRÉCÉDÉE D'UNE

INTRODUCTION HISTORIQUE

SUR LES CONDITIONS DE LA PROPRIÉTÉ DU SOL CHEZ LES ROMAINS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue dans la grande salle de la Faculté de Droit

PAR HENRI CHRÉTIEN

Avocat à la Cour impériale.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

CAEN

IMPRIMERIE GOUSSIAUME DE LAPORTE,

RUE AU CANU, 5.

1864

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0009

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

A MA MÈRE.

SUFFRAGANTS :

MM. DEMOLOMBE, Doyen.
BERTAULD, Professeur, Président.
LE CAVELIER, id.
CAREL, Agrégé.
POUBELLE, id.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN.

I.

INTRODUCTION HISTORIQUE

SUR LES CONDITIONS DE LA PROPRIÉTÉ DU SOL CHEZ LES ROMAINS.

CHAPITRE PREMIER.

ORIGINES JURIDIQUES ET PHILOSOPHIQUES DES INSTITUTIONS QUI FAVORISÈRENT LE CRÉDIT. — ORIGINES HISTORIQUES : — PREMIÈRE PÉRIODE : DE LA FONDATION DE ROME A LA PUBLICATION DES DOUZE TABLES.

1. Toute opération juridique suppose l'existence de plusieurs acteurs ou sujets qu'elle touche directement. En matière d'obligations, ces premiers intéressés reçoivent le nom de *parties*. En dehors de ce groupe restreint, s'étend la multitude des individus qui n'ont point participé au fait juridique, mais qui peuvent néanmoins en ressentir l'atteinte et les conséquences. Les législateurs, réglementant les actes qui ressortissent du droit privé,

devaient se placer au second comme au premier de ces points de de vue. Assurer aux cocontractants l'accomplissement de leurs obligations réciproques régulièrement formées, c'était un but à atteindre. Il en était un autre: mettre les non contractants, les *tiers*, à l'abri des suites médiates ou immédiates de ces faits juridiques à la production desquels ils n'ont point concouru.

Cette double protection, spéciale et générale, était un devoir. Si les auteurs des lois écrites l'ont parfois mal ou incomplétement compris, l'intérêt blessé a su élever de justes et imposantes réclamations.

Je me propose d'étudier cette grande idée dans deux de ses applications:

La transmission entre-vifs de la propriété,

A titre gratuit en Droit romain,

A titre onéreux en Droit français.

2. Quoique la Faculté laisse aux candidats le libre choix du sujet de leur travail, je veux justifier l'antinomie apparente que l'on pourrait signaler entre les deux parties principales de cette thèse.

Le reproche que je prévois se formulerait ainsi: Pourquoi n'avoir pas traité exclusivement ou la transmission onéreuse, ou la transmission gratuite de la propriété, dans les deux législations?

Voici comment je réponds à ce reproche, au-devant duquel je vais, parce que j'en tire l'occasion d'entrer dans quelques développements qui appartiennent à mon sujet.

J'ai préféré en Droit français la transmission à titre onéreux, parce que cette matière a été récemment soumise à un régime nouveau par une loi importante, difficile, que n'ont encore élucidée ni les travaux consciencieux mais rapides des commentateurs, ni les interprétations de la jurisprudence. Cette loi est encore livrée aux discussions, j'en profite non sans quelque défiance de mes forces.

J'ai préféré en Droit romain la transmission de la propriété à titre gratuit, parce qu'elle a donné le jour à une institution plus saisissable et mieux définie que l'antique tradition, à une

institution née d'une société organisée, alors que le Droit, dégagé des symboles et du matérialisme, marchait droit à l'utilité en suivant de son mieux la raison.

Je veux parler de l'*insinuation*. Nous verrons plus tard à quelles causes l'on doit rapporter sa naissance. Qu'il me suffise ici de poser en principe que la volonté de sauvegarder ceux qui, placés en dehors de l'acte juridique, avaient cependant intérêt à en connaître l'existence et les dispositions, fut chez le législateur une des préoccupations qui le poussèrent à adopter cette grande mesure de crédit public. Nous verrons s'il en existait d'autres.

3. Avant l'édit (de Constance Chlore) qui institua l'insinuation, faut-il dire que l'intérêt de protection des tiers, qui n'est autre chose que la sécurité même dans les relations du droit privé, ou n'exista pas, ou n'eut aucune sanction?

L'affirmer ce serait commettre une double erreur.

L'intérêt exista certainement et il est absolument impossible que toute protection lui ait manqué pendant des siècles.

La protection a donc existé à côté de l'intérêt lui-même.

Où faut-il la chercher? Est-ce dans la tradition, ou dans les autres modes de transmission de la propriété chez les Romains?

On a pu voir dans les formalités solennelles de la *mancipatio* et de la *cessio in jure* l'application de cette idée de crédit. La tradition elle-même, fait visible et extérieur, quand l'objet de la propriété transmise est un immeuble, a pu être considérée comme procédant du même désir chez le législateur de sauvegarder les tiers contre des aliénations clandestines et préjudiciables pour eux.

Des auteurs ont repoussé cette opinion.

Pour eux la *mancipatio*, la *cessio in jure*, la tradition, ont une origine toute philosophique. Le droit réel, dont le type le plus complet est le droit de propriété, est un lien juridique qui relie non un homme à un homme, mais un homme à une chose. L'on conçoit que la volonté réciproque de deux parties capables et intelligentes suffise pour former entre elles un droit qui sera nommé droit personnel. Mais cette réciprocité de volonté ne

pouvant exister entre un homme et une chose, il faut nécessairement qu'il intervienne un acte matériel qui, joint à l'élément intellectuel du sujet, *animus*, créera le lien juridique. Or, ce lien matériel peut être produit par ce seul fait de l'homme qui, voulant devenir propriétaire, arrête son œil sur l'objet de son droit. Le rayon visuel pour les choses éloignées, de même que le tact pour les choses voisines, met en rapport le sujet et l'objet du droit. Plusieurs exemples tirés des jurisconsultes romains sont cités à l'appui de cette proposition. Le jurisconsulte Javolenus (1), prévoyant l'hypothèse où un débiteur met sous les yeux de son créancier les espèces qu'il lui apporte en paiement, déclare qu'alors même que le débiteur s'en saisirait de nouveau avant que celui qui les reçoit les eût touchées, celui-ci en serait devenu propriétaire et aurait pour les réclamer non plus seulement l'action personnelle, mais bien la revendication. Un autre jurisconsulte, Celsus (2), fournit une solution plus frappante encore; c'est le cas où un vendeur montre du haut d'une terrasse à son acheteur le champ qu'il lui a vendu; par ce seul fait, l'acheteur devient propriétaire..... *si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque possessionem tradere dicat: non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem.*

Ces deux hypothèses, et plusieurs autres que l'on trouve au même titre du Digeste, sont l'application de ce principe exprimé par Paul dans la l. Ire, Dig. *de acquirenda possessione*: *Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.*

On s'appuie sur ces exemples pour faire voir combien l'idée de publicité était étrangère à la tradition. Une publicité fondée sur l'existence d'un regard jeté sur un objet! Quelle garantie, quel contrôle possible pour les tiers?

On écarte également toute idée de crédit de la *mancipatio* et de la *cessio in jure*. Et, comme dernière preuve de l'ignorance pro-

(1) L. 79, D. *De solutionibus*
(2) L. 18, § 2, Dig. *De acquirenda possessione.*

fonde des premières notions de cette science à Rome, on cite l'organisation si imparfaite et les effets si énergiques en même temps du régime hypothécaire. Le créancier, premier en rang, pouvait se mettre en possession de l'immeuble entier affecté à sa garantie; et cela, non-seulement à l'encontre du débiteur, mais à l'encontre même et à l'exclusion de tous les autres créanciers hypothécaires postérieurs. Un immeuble de 200,000 sesterces, affecté en garantie hypothécaire à une dette de 10,000 sesterces, pouvait être saisi entièrement par le premier créancier. Les autres créanciers hypothécaires n'avaient qu'un moyen de rendre quelqu'efficacité à leur droit frappé ainsi de paralysie, c'était d'exercer le *jus offerendæ pecuniæ*, de payer de leurs propres deniers le créancier préférable et de prendre ainsi son lieu et place. Eh bien! dit-on, qui croirait que l'idée du crédit fût bien connue du législateur romain?

Cette priorité, si précieuse pour celui qui la possédait, s'établissait par une simple convention secrète et verbale (1), dont la preuve pouvait se faire par toutes voies, même par témoins, au préjudice même d'un créancier postérieur qui aurait eu la tradition (2).

La tradition, la *mancipatio*, la *cessio in jure*, n'avaient point pour but de protéger et ne protégeaient en rien les intérêts des tiers. C'étaient des institutions toutes symboliques que l'histoire de la philosophie juridique seule peut expliquer et devant lesquelles la science économique, la science des intérêts sociaux, qu'on s'efforce de présenter comme toute nouvelle, doit forcément rester muette (3).

Pour reconnaître si cette conclusion doit être adoptée dans tout ce qu'elle a d'absolu, il est nécessaire de jeter un regard sur la condition juridique et politique de la propriété à Rome; de reconnaître quels en furent les mouvements, les révolutions,

(1) L. 4, D. *De pignoribus et hypothecis.*

(2) L. 12, § 10, D. *Qui potiores in pignore.*

(3) M. Trébutien, *Mémoire sur les conditions de la transmission de la propriété à titre onéreux.*

les besoins; quelles furent les lois qui eurent pour but de donner satisfaction à ces besoins.

4. Un économiste éminent (1) divise l'histoire romaine, depuis la fondation de la ville, jusqu'à l'avénement de Constantin, en trois grandes périodes, à chacune desquelles il attribue brièvement un caractère et une physionomie.

La première, qu'il fait commencer avec Rome et finir à la première guerre punique, est presque sauvage; la seconde, qui comprend la fin de la république, est toute guerrière; la troisième, enfin, est despotique et administrative; c'est avec elle que naquirent la civilisation et l'influence des Romains.

De telles qualifications sont bien vite jetées. Mais, parce que les Rois de Rome comme les guerriers francs qui envahirent la Gaule, ont été travestis eux et leur peuple par cette école historique qui voyait en eux des monarques en tout semblables à Louis XIV, faut-il, par un mouvement de réaction excessive, les peindre comme des chefs de hordes (2)? Est-il possible de voir des sauvages dans ces puissants constructeurs dont l'œuvre existe encore aujourd'hui, après vingt-quatre siècles? Étaient-ce des sauvages, ces hommes qui, sous Tarquin l'Ancien, creusèrent et maçonnèrent ces égouts qui causaient tant d'étonnement à l'historien Denis d'Halicarnasse (3); ce Sénat habile qui sut se défendre contre les conquêtes patientes des plébéiens; cette foule intelligente et remuante, jalouse de ses droits et de sa liberté; cette réunion de deux ordres qui s'agrandirent par leurs luttes mêmes; tout cela ne doit-il paraître aux yeux de l'historien qu'une armée de vétérans et de centurions?

Est-il vrai enfin que la civilisation, que l'influence romaines ne commencèrent qu'avec le despotisme, l'administration centralisée et le silence de l'Empire?

La part faite par M. Blanqui à chacune des trois ères, paraît peu équitable et peu exacte. Si cet économiste ne s'était pas

(1) M. Blanqui. *Histoire de l'économie politique*, t. I, chap. V.

(2) Voir M. Coquille, *Les Légistes*, p. 48, et compte-rendu de ce livre par M. Bertauld. *Revue critique*, année 1864.

(3) *Antiquités romaines*, liv. III, p. 67.

trompé, nous aurions bientôt fait d'étudier quels furent, pendant la République et sous l'Empire, le sort et les conditions de la propriété,

Les jurisconsultes historiens qui ont dû approfondir les longues annales que M. Blanqui n'a fait qu'effleurer, ont fourni à la science une division plus juste (1). Ils reconnaissent quatre périodes distinctes dans les onze siècles qui séparent la fondation de Rome du jour où elle cessa d'être le centre et la capitale du monde (2).

La première s'étend de Romulus à la promulgation des XII Tables (753-452).

La seconde commence aux XII Tables et finit avec la république (452-45).

La troisième comprend l'établissement et la jeunesse de l'Empire jusqu'à Alexandre Sévère (45 av. J.-C., à 235 apr. J.-C.)

La quatrième s'ouvre avec le règne de cet empereur et se ferme à l'avénement de Constantin.

C'est la route tracée par nos maîtres que nous suivrons pour étudier les besoins et les institutions réglementaires du crédit considéré dans ses rapports avec la transmission gratuite de la propriété immobilière à Rome.

5. La tradition, la *mancipatio*, la *cessio in jure*, furent-elles, dans l'esprit de ceux qui les organisèrent, des institutions destinées à protéger les tiers?

A cette question, nous répondons non, avec les partisans du système exposé plus haut.

Mais, dans la réalité des choses, dans la pratique, contribuèrent-elles à donner aux transactions la publicité suffisante, aux tiers, la sécurité ?

L'affirmative, cette fois, nous paraît certaine. Nous disons qu'elles aidèrent à obtenir ce résultat. C'est dire qu'elles furent

(1) Gibbon, *Précis à l'histoire du Droit romain* (ch. XLIV de son grand ouvrage), traduction Guizot. — Hugo, *Rechtsgeschichte*, p. 60-65.

(2) M. Giraud, *Introduction historique à l'étude du Droit romain*. Mackeldey, *Manuel de Droit romain* (traduction Beving), § 20. Théod. Marezoll, traduit par M. Pellat. *Droit privé des Romains*.

accompagnées d'autres causes encore, que nous aurons à signaler.

Quels furent, pendant chacune des périodes de l'histoire romaine que nous allons parcourir, les besoins du crédit ? Quelles furent les institutions destinées à satisfaire ces exigences ?

6. Dans la première époque, que nous ferons commencer à la fondation de Rome et finir vers le milieu du cinquième siècle en 449 avant J.-C., plusieurs causes tirées de la constitution sociale et du caractère romain donnaient à la propriété foncière une singulière immobilité (1). La main du propriétaire peu disposée à s'ouvrir d'elle-même pour les laisser échapper était encore tenue fermée par la loi. Dans ces commencements obscurs de Rome, ce que l'on distingue surtout à travers les siècles, c'est une triple aristocratie : aristocratie des hommes, aristocratie dans les droits, aristocratie dans les choses, objets des droits.

Le patriciat, composé d'un nombre relativement restreint de familles, se connaissait tout entier lui-même; il fermait jalousement ses portes aux adroits ou aux usurpateurs qui auraient tenté de pénétrer dans ses rangs, et qui, une fois arrivés là, auraient pu comme les autres acquérir puissance et richesse. Une révolution attribuée au roi Servius aurait fait entrer cependant les plébéiens enrichis, et ils devaient être peu nombreux, dans les rangs du vieux patriciat (2). Quoi qu'il en soit de cette révolution, elle ne put être qu'une force de plus et un danger de moins pour les patriciens. Il valait mieux ouvrir les bras à ces hommes nouveaux, intelligents et forts, que de les jeter dans les bras de la plèbe. Eux entrés, les portes se refermèrent et le patriciat continua de grandir. Un roi l'insulta; il fut chassé.

La république s'organisa et courut aux armes; elle conquit l'existence et la sûreté sur les bords du lac Rhégille. Le pouvoir

(1) Niebuhr va jusqu'à soutenir que les terres patriciennes étaient inaliénables. Voir pour la réfutation de cette opinion toute conjecturale, M. Antonin Macé, *des Lois agraires chez les Romains*, p. 94.

(2) Giraud, *Introduction*, p. 50, 51.

politique passa tout entier dans les mains du Sénat, mais la plèbe eut d'abord la liberté, plus tard elle eut ses magistrats, tous patriciens il est vrai.

7. Cette division des hommes en castes ne fut pas la seule, les droits eurent une nature diverse, une énergie, une noblesse inégale. La propriété, suivant son origine, avait ou n'avait pas l'existence juridique; *dominium ex jure quiritium*. Ce domaine était un monopole, il ne pouvait appartenir qu'au citoyen romain, il ne pouvait porter que sur les choses, que sur le sol participant au *commercium*, il ne pouvait être acquis ou transféré que par les moyens reconnus par le droit civil des Romains. « Les personnes et le sol étranger, dit M. Ortolan, en sont rigoureusement exclus; aussi, sur tout autre sol que le sol jouissant du droit italique, on a des possessions, mais on n'a pas de propriété. Tout moyen d'acquisition qui sort des prescriptions du droit civil est impuissant pour le donner. »

8. Les choses sont de même, parquées en deux grandes castes. Aux unes, aux choses de mancipation, aux *res mancipi*, tout l'honneur de la sollicitude législative; à elles seules le droit de cité. Pour leur transmission, un acte juridique et sacramentel doit être célébré; des protections jalouses les entourent; la femme placée sous la tutelle de ses agnats ne peut aliéner aucune chose *mancipi* sans l'autorisation de son tuteur; pour qu'une telle chose sorte du domaine de la famille, les agnats doivent y consentir. « Règle si importante, intérêt si majeur, dit le jurisconsulte déjà cité, qu'à l'époque même où le tuteur des femmes n'est plus qu'une fiction, où son autorisation n'intervient que pour la forme, où, s'il la refuse, le prêteur a coutume de le contraindre à la donner, certains tuteurs ne pourront jamais être forcés à autoriser malgré eux ces trois actes les plus graves de la femme: son testament, son engagement en des obligations et l'aliénation des choses *mancipi*. Et si, au mépris de ces prohibitions, la chose *mancipi* a été livrée par la femme à quelqu'un, le possesseur ne pourra pas l'acquérir par usucapion, à moins que la tradition n'en ait été faite avec l'autorisation du tuteur; c'est la loi des XII Tables qui l'ordonne ainsi

elle-même : *id ita lege XII Tabularum cautum*, dit le commentateur de cette antique loi (1).

Parmi les *res mancipi* dont l'aliénation est si bien protégée qu'on peut la dire entravée, dont l'immobilité est assurée, souvenons-nous que se trouvent en première ligne la terre, le fonds italique.

Quant au *res nec mancipi*, elles constituent une classe inférieure ; c'est la plèbe des choses. Elles comprennent tous les objets qui sont hors du droit civil. Pas plus que les plébéiens ne peuvent se marier d'après le rite solennel et symbolique de la *confarreatio*, les choses *nec mancipi* ne sont susceptibles du grand acte juridique romain la *mancipatio*, acte que nous étudierons bientôt au point de vue du crédit. La simple tradition est suffisante pour en transférer le domaine. La femme en tutelle peut les aliéner sans l'autorisation de son tuteur ou de ses agnats. « Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari, *si rem mancipi alienent* (2). » Et ailleurs, « .... Admonendi sumus, neque feminam neque pupillum sine tutore auctore rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero, feminam quidem posse, pupillum non posse (3). »

9. Une seconde cause de l'immobilité des biens dans les mains des propriétaires, est l'absence de commerce. Le négoce n'allait pas au peuple romain, le moins rusé et le plus violent des peuples de l'antiquité. Ils avaient pour la marchandise et la boutique du dédain et de la répulsion. *Mercatura et officina nunquam placuerunt* (4). Le commerce, aux yeux des plus éclairés, pouvait bien être parfois un bon moyen de s'enrichir, mais il contenait trop d'incertitudes et de dangers. « *Mercatorem autem strenuum stadiosumque rei quærendæ existimo ; verum, ut supra dixi periculosum et calamitosum.* » (Cato, *de Re rustica.*) Aussi la

(1) M. Ortolan, t. I, p. 46, 5e édition. *Explication historique des Instituts.*
(2) Ulpien, XI, 26.
(3) Gaius, II, 80.
(4) Holtius, *Historia juris romani*, nos 12 et 13.

richesse était-elle stagnante. Aucune des nécessités, aucune des exigences ou des tentations de l'industrie moderne ne venait forcer les propriétaires à mettre en mouvement les valeurs immenses qu'ils possédaient. Les arts leur étaient inconnus et avec eux l'activité intellectuelle et l'élévation du sens moral. Brutus sacrifie ses enfants à son fanatisme. Un général, au commencement de la première guerre punique, envoyant à Rome les chefs-d'œuvre de la Grèce, dit avec sérieux au patron du navire : « Si tu les perds, tu les remplaceras (1). »

Laboureur et conquérant, ce fut là tout le Romain. La castramétation et l'agronomie, c'étaient toutes ses sciences (2). Mais il les poussa très-loin (3). L'âpreté du sentiment propriétaire qui suit l'appropriation disputée et violente, le noble et tendre attachement de l'homme pour la terre qu'il foule chaque jour, que chaque jour par ses soins il rend plus féconde, emplissaient le cœur de ces vieux maîtres, *domini*, et ce n'est pas un vain thème de prosopopée que l'aventure des délégués qui trouvèrent Fabricius à sa charrue. Un tel est un bon agriculteur, un bon cultivateur, cette louange était la plus flatteuse que les Romains pouvaient exprimer. Ceux qui se livraient à cette rude occupation, donnaient à la république les meilleurs citoyens et les plus robustes soldats; et puis, ils n'excitaient aucun sentiment

(1) Blanqui, t. I, ch. V.

(2) Ce caractère est refusé au peuple romain par un écrivain déjà cité dans son livre amusant, *Les Légistes*..... « Tu ne voleras pas, disait encore le vieux droit (le droit biblique). Le droit nouveau inauguré par les partageux de Romulus, déclare qu'il ne sait pas même ce que c'est que le droit de propriété. Il a bien entendu parler de la propriété Sabine *(dominium quiritarium)*; cela n'entre pas dans la tête du Romain ; la propriété pour lui se transforme en possession, en jouissance toujours révocable. L'idée primitive de proie et de butin est là. Il faut à chaque instant partager les dépouilles. Le droit romain exècre la propriété, et même la durée; il ne souffre pas l'indivision. Partageons! Partageons! c'est le cri de toutes les familles vivant sous le droit romain. Ce cri retentit de Romulus à Justinien. Romulus pratiquait d'avance les Pandectes. » (page 53.)

(3) Voir un intéressant travail de M. Pierre, professeur à la Faculté des sciences de Caen, *les Fragments d'études sur l'état de la Science des engrais et amendements chez les anciens.* Caen, imprimerie Poisson, 1860.

d'envie, ils ne nourrissaient aucun désir de changement : « Et virum bonum eum laudabant (majores nostri), ita laudabant, bonum agricolam, bonum colonum. Amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur..... ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque pius quæstus, stabilissimusque consequitur, minimeque invidiosus: minimeque male cogitantes sunt qui in eo occupati sunt. » (Cato, *de Re rustica.*)

10. Quand on examine attentivement cette constitution des hommes et des choses, on peut en tirer à peu près cette conclusion que l'immobilité des biens faisait partie des mœurs elles-mêmes. Un patricien qui vendait ses terres, s'attirait de la part de tous, ou bien une humiliante commisération, ou bien un mépris profond. Avoir recours à cette mesure, c'était pour le Romain faire faillite, tomber en déconfiture, comme nous disons aujourd'hui. Les biens eux-mêmes, quand ils étaient vendus, souvent étaient dépréciés (1).

Nous verrons bientôt que la vente des biens entraînait aussi des conséquences politiques.

A ces causes puissantes qui retenaient les biens dans la main du propriétaire pendant sa vie, il faut ajouter celles qui venaient de la loi elle-même et qui, à la mort du propriétaire, retenaient le patrimoine dans la famille en défendant tout testament qui aurait institué pour légataire une personne autre qu'un héritier présomptif (2).

11. Telles furent les exigences restreintes du crédit pendant cette première période. Voyons quelles en furent les garanties.

Il en est une première, exécrable, mais énergique, la terreur. *Væ victis !* malheur à celui qui ne payait pas sa dette.

On a dit que le débiteur sans moyens devenait corporellement la propriété de son créancier; que s'il avait plusieurs créanciers, ceux-ci pouvaient, en cas de non-paiement, dépecer et se partager leur débiteur. L'érudition moderne a reculé d'horreur et a com-

(1) Cato, *de Re rustica.*
(2) Hugo, *Histoire du Droit romain,* t. I. — Giraud, *Introduction,* p. 82.

battu l'existence d'une semblable loi ; un auteur latin (1) nous affirme qu'elle a existé, mais qu'il n'a pu retrouver un seul exemple de son application. Ce qui est certain, c'est qu'un lien terrible, *nexus*, garrottait le débiteur. Un nombre considérable de malheureux remplit les cachots privés des créanciers patriciens. L'inhumanité de ceux-ci causa maintes fois des révolutions où la plèbe fut habile et victorieuse. Le Forum et le Mont-Sacré furent le théâtre de ces rébellions qui aboutirent à la création du Tribunat (492), représentation d'abord illusoire, mais légale, de la plèbe dans la direction des affaires publiques.

12. A côté de ce premier moyen de crédit, la peur pour le débiteur, la toute-puissance pour le créancier, nous en trouvons un autre : les formalités qui accompagnaient et consacraient la translation de la propriété. Ce que nous dirons ne se restreindra pas aux translations gratuites qui forment l'objet de notre étude.—La donation en Droit romain ne fut pas un mode spécial et distinct de translation de la propriété; elle fut considérée comme une simple cause tirée de l'intention des parties, donateur et donataire.

Dans la vente ou l'échange, celui qui se dépouillait le faisait avec l'intention de compenser par un avantage recueilli, la perte qu'il éprouvait volontairement au profit de l'autre contractant. Dans la donation, l'intention était toute généreuse et bienfaisante. Mais des formalités en tout semblables venaient donner au fait intentionnel des parties une réalisation juridique.

Ces formalités étaient-elles aussi insuffisantes que l'ont pensé les auteurs mentionnés plus haut, pour assurer, chez ce peuple qui passait sa vie sur le Forum, une large part de publicité aux actes du droit privé? N'étaient-elles que le produit d'une imagination populaire, amante des symboles?

A ne considérer que la forme de la *mancipatio*, on y trouve déjà le germe d'une autre idée. Si l'on recherche quel put en

(1) Aulu-Gelle, *Dissectum esse antiquitus, neminem neque legi, neque audivi; quoniam sævitia ista pœnæ contemni non quita est*, XX, 1, 52.

être le but, il est impossible de ne pas voir que ce fut d'entourer la translation de la propriété d'une publicité extrajudiciaire, profitable, non pas aux seuls contractants, mais au peuple tout entier représenté dans toutes ses classes par les cinq citoyens appelés comme témoins, dont l'assistance et le concours étaient indispensables. C'est ce caractère qui est attribué à la *mancipatio* par le jurisconsulte allemand Marezoll dans ses *Institutions du Droit romain* (1).

Les mêmes observations s'appliquent à un autre mode spécial de translation du domaine, la *cessio in jure*, procès fictif qui s'accomplissait devant le magistrat et se terminait par une sentence publique.

Nous nous sommes précédemment expliqués et nous reviendrons sur la tradition.

13. Une autre institution, d'un ordre différent, vint puissamment servir le crédit, *le Cens*, qu'on appela aussi le lustre, à cause, dit le président de Brosses (2), du sacrifice d'expiation qui s'offrait alors pour la nation en général (*luere*).

Le roi Servius, après avoir divisé le peuple en classes et en tribus, décida qu'il serait fait un dénombrement de tous les citoyens romains. Ce fut le grand livre des forces de l'État : l'âge, la fortune, la profession, le nom de la tribu et de la curie, le nombre des enfants et des esclaves de chaque citoyen y furent inscrits. « Chaque particulier présentait un mémoire détaillé de l'état actuel de ses biens, suivant lequel on changeait ou on conservait le citoyen dans sa classe, ou on l'imposait à la capitation (3). » Le roi put savoir en peu d'instants ce que Rome avait

(1) « Die *mancipatio*, auch *venditio sõlennis per æs et libram seu imaginaria venditio* genannt. Sie war eine, ihrer aüszerer Form nach, in die Gestalt des *nexum* eingekleidete, ihrem Zwecke nach zunæchst wohl auf eine gewisse auszergerichtliche Publicitæt gebaute Uebertragung des Eigenthums der Sache von Seiten des bisherigen Eigenthümers auf einen Anderen. Daraus erklært sich sehr einfach die ganze Form der Mancipation, namentlich dasz, auszer den eigentlichen Interessenten, noch fünf rœmische Bürger, ursprünglich wohl als Repræsentanten des ganzen Volkes und seiner Classen anwesend sein muszten. » (p. 231, 7e édition.)

(2) *Histoire de la république romaine*, pendant le VIIe siècle, introduction.

(3) De Brosses, *ibid.*

d'habitants capables de porter les armes et quelle contribution on en pouvait tirer. La République établie, ce travail immense fut livré aux soins des consuls. Il devait être renouvelé tous les cinq ans. Mais, vers le milieu du v^e^ siècle avant Jésus-Christ (443), on reconnut que le cens n'était dressé ni avec exactitude, ni avec régularité. Les patriciens, alors seuls riches propriétaires, réclamèrent ; et, sur les excuses présentées par les consuls M. Geganius et T. Quintius, il fut décidé que de nouveaux magistrats seraient créés pour dresser, tous les cinq ans, le recensement des forces de la République. Les consuls, souvent entraînés et retenus hors de la ville, n'avaient pu, en effet, depuis dix-sept ans entiers, se livrer aux minutieuses opérations du cens.

Il fallait bien que cet inventaire périodique de la fortune privée de chacun offrît à tous un grave intérêt pour qu'il fût ainsi demandé ; car il avait assez d'autres côtés froissants et périlleux. C'était l'occasion pour le magistrat revêtu de la haute dignité censoriale de pénétrer dans tous les détails de la vie des citoyens, de recueillir les dénonciations de la renommée ou de la malveillance, de punir tout homme dont baissait la considération (*existimatio*). Malheur alors au chevalier négligent, au patricien, au sénateur qui n'était pas irréprochable ; malheur au père de famille assez peu économe, ou assez malheureux dans la conduite de ses affaires pour avoir été contraint de vendre une part de son patrimoine. L'impitoyable magistrat, en constatant leurs torts, en enregistrant la diminution de leurs richesses, leur retirait une part de leurs droits politiques. Il leur assignait une place dans une tribu inférieure. Au contraire, il accordait un rang plus élevé dans la hiérarchie civile à celui dont les domaines s'étaient élargis, dont les troupeaux d'esclaves et de bestiaux étaient devenus plus nombreux.

Une autre raison encore aurait dû empêcher les Romains de se plaindre que le cens tombât en désuétude. C'avait été sous les rois, ce fut sous la République, ce sera sous l'empire une institution fiscale. C'était le rôle général des impositions, et malgré tout ce que l'on a dit du patriotisme romain, il est difficile de croire qu'il fût assez héroïque pour déterminer les riches

citoyens à redemander à grands cris une mesure dont l'objet eût été seulement d'assurer sur eux le recouvrement de l'impôt. Jamais, que je sache, on n'a vu dans l'histoire un peuple troubler, pour l'amour d'un principe, le sommeil, si rare et si commode de ses percepteurs.

Les registres du cens, que les grands furent les premiers à rouvrir, étaient donc autre chose que des notes de police et des rôles d'impositions, c'étaient encore tout à la fois des livres de crédit et des garanties de stabilité : garanties de stabilité des biens dans une main et dans une famille, parce que le patricien qui aurait voulu se dépouiller clandestinement de son bien ne l'aurait pas pu ; il aurait trouvé pour divulguer son secret l'intérêt de l'acheteur, qui avait hâte d'annoncer fièrement au censeur l'augmentation de son patrimoine afin d'obtenir un rang et des droits supérieurs : livres de crédit, parce qu'ils contenaient la vérité sur chaque fortune, qu'ils reposaient entre les mains de magistrats qui n'avaient d'autre soin que de les maintenir, et dont la considération plus grande même que celle des consuls atteste assez de l'utilité de leurs fonctions. Évidemment, les registres du cens, si considérables au point de vue politique, avaient encore une importance civile par rapport aux mutations de propriété, aux affranchissements. L'inscription sur le cens était un moyen de transférer la propriété romaine et d'obtenir la liberté légale (1).

14. Tels furent, pendant la première période de l'histoire romaine, la part d'existence du crédit et les institutions qui la lui conservèrent. Il ne faut toutefois rien exagérer et s'il y eût un crédit public à Rome; si, dans la législation, on lui trouve des appuis, il faut néanmoins reconnaître qu'il fut souvent contrarié et qu'il rencontra des ennemis. Le premier de tous fut l'ignorance, le second fut l'agitation excessive de la société romaine.

(1) Savigny. *Traité de la Possession :* introduction. Giraud, *Introduction à l'Histoire du Droit romain,* p. 123; et les auteurs qu'il cite : De Beaufort, *République romaine (des censeurs),* t. I, p, 298, édit. in-4°. — Curtius, *de censura romana,* et M. Burchardi, *Bemerkungen über den Census der Rœmer.*

Ces deux causes s'étendirent dans les siècles, bien au-delà de la première période, que nous avons jusqu'ici plus particulièrement étudiée. Le trafic des monnaies, l'impôt indirect, les facilités et le mouvement créé par le commerce, les théories sur l'acquisition, la circulation et le meilleur usage de la richesse, toutes ces connaissances pratiques et scientifiques qui sont familières aujourd'hui à tous les gouvernements européens, étaient alors complétement étrangères aux citoyens et à l'État.

15. Les agitations furent continuelles. Causées par l'inégalité croissante des fortunes, elles eurent tout d'abord pour but l'abolition des dettes. Dès la naissance de la République, la dureté des créanciers qui ne prêtaient qu'à de grosses usures, souleva des plaintes d'abord, des menaces ensuite, de la part de ceux qui, forcés par la nécessité de recourir aux riches, ne se voyaient pour tout avenir que la misère affreuse terminée par l'esclavage. La dictature de T. Largius, un peu plus tard celle de Manlius Valérius, suspendit ce commencement de révolution; mais à peine ces citoyens furent-ils descendus de leur chaire et eurent-ils renvoyés leurs licteurs, que la plèbe recommença à formuler ses exigences. La division des consuls Appius et Servilius, l'attitude inflexible du Sénat, la poussa à une désertion générale. Elle s'enfuit sur le Mont-Sacré, et là y reçut les propositions des patriciens. Cette révolte dramatique se termina par l'abolition des dettes et la nomination des tribuns du peuple, moyen empirique et vicieux qui fermait violemment une plaie, mais l'empêchait de se cicatriser et la laissait prête à se rouvrir.

Bientôt cette guerre entre les deux ordres se réveilla, cette fois avec un caractère nouveau. Les prétentions de la plèbe avaient été, si l'on peut ainsi parler, purement mobilières; à partir de l'année 486, elles portèrent sur la répartition du sol. Un patricien, le consul Sp. Cassius Viscellinus, proposa dans le Sénat de faire faire le dénombrement des terres conquises, afin de les partager également entre tous les citoyens. La loi agraire était pour la première fois posée en débat (1). Virginius, col-

(1) Tite-Liv. 2. 41. Je n'ignore pas qu'avant Sp. Cassius et au temps

lègue de Cassius, et le tribun Rabuleius démêlant, sous la proposition de Cassius, des projets factieux en empêchent l'accomplissement immédiat ; mais ils arrachent un sénatus-consulte qui décide que dix commissaires seront chargés de faire une recherche exacte des terres conquises, actuellement en la possession des patriciens et qui, autrefois, appartenaient au public (1). On en vendrait une partie au profit du trésor, on en distribuerait une autre aux citoyens les plus pauvres ; on replacerait partout les bornes arrachées, mal honteux et persistant de la propriété foncière dans l'antiquité romaine (2) ; quant au reste des terres conquises, on ne les louerait que pour cinq ans et on en emploierait le produit à fournir la ration de blé et la solde aux plébéiens soldats. Les alliés ne profiteraient pas de ces dispositions qui d'ailleurs ne seraient exécutées que l'année suivante, sous les nouveaux consuls Quintus Fabius et Servius Cornelius (485). Ce premier danger écarté, le Sénat ne songea plus qu'à se venger de Cassius, l'auteur de la proposition. Ce consulaire, deux fois honoré du triomphe, fut mis en accusation et supplicié.

16. Cependant, les années et les consulats se succèdent sans que le sénatus-consulte reçoive son exécution. Les consuls, tous patriciens, âmes damnées du sénat, trouvent toujours quelque prétexte pour la différer : ce sont les ennemis qui s'approchent, ou bien les alliés qui murmurent. Enfin, en 473, un tribun

même des rois, il y eut de nombreux partages de terre ; mais comme ils s'accomplirent paisiblement et sans violation du droit d'aucun Romain, ces partages n'eurent, à notre point de vue, qu'une influence fort restreinte et indirecte. Aussi, n'avons-nous point à les étudier. Ce ne furent pas les lois agraires elles-mêmes qui nuisirent au crédit, mais bien les luttes et les agitations qui les accompagnèrent.

(1) Privatus illis (majoribus) census erat brevis
Commune magnum.....
HORAT. *Odes* 2, 15.

(2) Quid, quod agri terminos, et ultra
Limites clientium
Salis avarus ?
HORAT. *ad Avarum* 2. 18.

hardi, entreprenant, éloquent, Cn. Genutius, somme publiquement L. Emilius Mammercus et Vop. Julius de nommer des commissaires pour procéder au partage et au bornage des terres. Les deux consuls répondirent par des arguments juridiques à la sommation du tribun et aux plaintes du peuple : pouvaient-ils prendre connaissance d'une affaire qui s'était passée si longtemps avant leur consulat ; le sénatus-consulte, sans qu'on pût le contester, était annulé par l'inexécution ; les lois et les simples décrets du sénat différaient, en ce que les unes étaient perpétuelles, au lieu que les autres n'avaient pas plus de durée que la magistrature de celui à qui on en avait renvoyé l'exécution.

Le tribun s'irrita de ces arguties, il cita devant l'assemblée du peuple les consuls de l'année précédente, et les accusa de n'avoir pas voulu nommer les commissaires, dans le dessein de priver des citoyens pauvres et des soldats, de la part qui leur était si justement acquise dans les terres de conquête. Mais, intervention providentielle dirent les patriciens, la veille du débat, Genutius fut trouvé mort dans sa maison. Quelques-uns soupçonnèrent bien les grands de s'être faits les ministres de la vengeance divine; le gros du peuple y vit avec bonté une désapprobation des dieux.

17. Le peuple fut distrait par une autre révolution, celle-là toute politique. L'aventure du tribun militaire Volero, le grand procès du sénateur Appius occupèrent la scène pendant six ans, mais la plèbe en revint à son grief : la terre, la terre publique usurpée par les grands. Ce second épisode de la lutte des deux ordres, à ce sujet, eut un caractère singulier : l'abstention de la part de la plèbe des droits politiques (1). Leur successeur Emilius, consul pour la seconde fois, partisan connu du partage des terres, pressa dans le sénat la promulgation de la loi qui l'ordonnait. L'avoir fait recevoir sous son consulat, c'était pour lui une gloire à venir, dès longtemps caressée. Son initiative ne manquait pas d'auxiliaires ; d'anciens sénateurs le soutenaient avec énergie.

(1) Les consuls T. Quintius et T. Servilius, en 467, furent élus par le sénat seul et l'ordre patricien, auquel s'ajouta le cortège obligé des clients.

Mais les intéressés plus nombreux retrouvèrent leurs vieilles raisons et leurs colères.

Comment reconnaître et établir une distinction exacte entre l'ancien patrimoine de chaque particulier et ce qu'il y avait ajouté de terres de conquête? Comment démêler les terrains achetés du domaine de la république par les patriciens, de ceux qu'ils n'avaient pris d'abord qu'à titre de cens, sous leurs noms ou sous des noms empruntés? Comment triompher de cette inextricable confusion? Comment remonter à des origines si lointaines de droits affermis par le temps, consacrés par la bonne foi de ceux qui en avaient hérité à titre d'acquisition et de partage?

C'était le langage des raisonneurs; les gens passionnés y ajoutèrent leurs cris et leurs invectives amères contre Emilius, ce consul indigne qui, pour arriver à une popularité dangereuse, voulait faire largesse à la plèbe des terres du patriciat; ce n'était pas un consul, ce n'était qu'un séditieux tribun (1).

L'autre consul, Fabius, intervint. Son expédient était d'apparence favorable, il était imprévu, il devait plaire. La ville d'Antium était presqu'entièrement dépeuplée; des terres, voisines de cette cité, avaient été enlevées aux Volsques. Quelle occasion d'enrichissement pour les citoyens pauvres! Ils crurent qu'à Antium, ils trouveraient une ville toute bâtie, de vastes et fertiles terrains. La rhétorique aidant, Fabius fut applaudi; trois commissaires furent nommés. Mais quand vint le moment de donner son nom, et d'inscrire la promesse de dire adieu à la ville, aux agitations vivantes du Forum, à leurs dieux domestiques, peu de citoyens eurent ce courage.

L'affaire du partage des terres fut encore écartée; ou au moins apaisée. Un fléau, la peste, un autre mal, celui-là fécond, la guerre, et enfin la querelle sur l'élection et le nombre des tribuns du peuple, remplirent de leurs épisodes douloureux les huit années immédiatement voisines du grand fait qui ouvre la

(1) Tit. Liv., l. III, c. 1.

seconde période de l'histoire de la propriété des terres chez les Romains, la publication des Douze Tables (452).

L'Aventin fut cependant partagé entre les plébéiens (454), grâce au tribun Icilius, premier du nom. Les tentatives suivantes restent sans résultat et sans signification. (453; 440, Pétilius; 434, Spurius Mélius.)

CHAPITRE DEUXIÈME.

ORIGINES HISTORIQUES : DEUXIÈME PÉRIODE. DE LA PUBLICATION DES DOUZE TABLES A LA MORT DE SYLLA.

18. Continuons ici cette revue rapide des révolutions romaines qui eurent une cause économique. Nous verrons ensuite pour cette période de quatre siècles et demi, quelles furent les exigences du crédit considéré dans ses rapports avec la propriété du sol, et quelles furent les satisfactions données à ces exigences.

Les Douze Tables venaient de proclamer l'égalité idéale entre les ordres. Chacun avait les mêmes droits dans ses rapports avec les choses. Le mariage entre plébéiens et patriciens était défendu, mais la propriété des premiers fut, comme celle des seconds, protégée d'une façon énergique.

Les événements extérieurs ne se modifient pas profondément; la guerre conserve pendant près de deux cents ans son caractère restreint. Elle gagne de proche en proche les terres italiques, mais elle reste concentrée dans la Péninsule. Son but est double, patriotique et positif. On combat pour la grandeur de Rome et pour gagner de la terre. Les peuples voisins, HOSTES, luttent bien pour conserver leur indépendance, mais aussi garder ou reprendre leur champ. En 436, les Fidénates se mettent sous la protection des Véiens et chassent les colons romains établis parmi eux. Les consuls d'abord vainqueurs se laissent battre. Les tribuns en profitent pour augmenter leur puissance et pour tenter, mais cette fois sans succès (423), le rétablissement de la loi agraire.

C'est vers cette époque que les *registres* (1) de la fortune et de la vie privée des Romains furent retirés aux consuls et confiés à des magistrats spéciaux.

(1) *Tabulæ censoriæ*. (CICÉRON, *Oratio prima contra Rullum*. II. 4.)

19. Un changement dans la constitution politique, le tribunat militaire substitué au consulat, n'arrêta pas les agitations intermittentes de la plèbe (1). Les tribuns du peuple Mécilius et Métilius soulevèrent l'éternelle question, le partage des terres prises à cens et à loyer par les patriciens qui, depuis, se les étaient appropriées. La possession, de jour en jour plus longue, fournissait une réponse qui semblait acquérir de l'autorité en vieillissant. Un sénateur fut hautement remercié par ses collègues du bon expédient qu'il trouva pour échapper aux prétentions de ces hommes qui, dans leurs projets anarchiques, menaçaient de ne rien respecter, pas même le sol, jadis public, où les patriciens avaient construit leurs riches demeures. Les tribuns devaient être unanimes dans leurs propositions. On serait bien malheureux si, parmi les dix protecteurs de la plèbe, il ne se rencontrait aucun complaisant. Au lieu d'un, ils en purent corrompre six. Mécilius et Métilius crièrent à la trahison. Ce fut en vain (413).

Ici se place un événement qui, pour Rome, pouvait être la mort, et qui ne fut qu'un désastre. La digue qui préservait l'Italie contre le monde inconnu du Nord se rompit. Les Gaulois firent irruption. La ville fut prise, saccagée, renversée.

Six ans après, elle était reconstruite. Rome redevint ce qu'elle avait été, le théâtre de luttes ardentes, l'objet de la jalousie des peuples italiques. Les Samnites, les Latins, prirent les armes, et, après une lutte longue et terrible, ils furent vaincus, non sans avoir infligé à la future maîtresse du monde l'humiliant soufflet de la vallée de Caudium (321). Une nouvelle tentative suivit de près. Les débris des tribus Samnites, les Ombriens, les Herniques, se coalisèrent; les Etrusques se joignirent à eux et mirent pour enjeu les souvenirs de leur antique nationalité et leur civilisation. Rome envoya un dictateur et gagna. A partir de ce temps, le Nord de l'Italie jusqu'à la Cisalpine est soumis (302).

20. Le IV^e^ et le III^e^ siècles avant Jésus-Christ peuvent être

(1) TITE-LIVE. IV. 48.

appelés, pour le peuple romain, l'ère des colonies. Il n'est pas de vallon sauvage, pas de marais stérile qui ne voit arriver, ou par centaines ou par milliers, des étrangers actifs et orgueilleux qui, aussitôt, se mettent à l'œuvre, dessèchent, labourent, transforment (1). L'émigration devient une nécessité, une mode, un remède aux maux incurables de la grande cité. Elle est une récompense pour le soldat, un refuge trompeur pour l'homme chargé de dettes qu'inquiètent de puissants créanciers, et que la prison attend. Circeii, Anxur dans le territoire des Volsques, Bola, Labicum, Vitellia, autour du pays des Èques, saisies et occupées ; la distribution des terres de Pomptin, l'établissement à Sutrium, à Népète en Étrurie (2), à Antium, à Vélitres, à Norba et Sétia chez les Volsques encore ; à Priverne, à Frigelles, qui, avec Anxur, commandait les deux routes du Latium dans la Campanie; Calès prise et gardée par une colonie de deux mille cinq cents hommes et chargée de maintenir la Campanie, toujours prête à se soulever ; tels furent les débuts de cette conquête par la charrue, qui compléta la conquête par les légions. Le sénat ou les consuls qui, le plus souvent, désignèrent le territoire à occuper, ne le firent pas au hasard. Leur choix fut de la stratégie. Un premier cercle, sorte de rempart fait de Romains, entourait la ville. Ils maintenaient les tribus voisines non encore résignées, et, quand l'une ou plusieurs d'entre elles, se révoltant, massacraient la colonie, il se trouvait toujours quelques citoyens assez heureux pour gagner Rome, s'y réfugier, et avertir à temps la République qu'elle eût à réunir les soldats. Ce cercle décupla la force défensive et conquérante de la cité. En vingt ans, deux coalitions des peuples italiens tentèrent ce qu'avaient déjà tenté les Samnites et les Latins. La première se termina par la prise de possession de Venouse. La ville et le territoire reçurent vingt mille Romains, sur l'invitation adressée au Sénat par

(1) .... Sterilisque diu palus aptaque remis
Vicinas urbes alit et grave sentit aratrum.

HORAT., *De Arte poetica*, 65, 66.

(2) LIV., VI, 21.

Postumius, consul, vainqueur des Samnites. Trois ans après, suivant Tite-Live (1), Castrum, Adria qui donna son nom à la mer qui sépare le monde romain du monde grec, Séna, dans le territoire gaulois, furent occupées. L'Italie septentrionale et centrale était maîtrisée. Les peuples commencèrent à comparer leur indépendance guerrière et tourmentée avec la gloire et l'avantage qu'ils trouveraient en s'identifiant à la ville, d'où sortaient tant de soldats invincibles. Restaient au midi quatre provinces : la Campanie, l'Apulie et la Lucanie, défendues par une civilisation supérieure à celle de Rome, la civilisation grecque et étrusque, et une quatrième, le Brutium, la romanesque Calabre, terre sauvage, couverte de forêts, peu cultivée, mais riche en troupeaux (2), refuge des bannis, des esclaves, de tous les désespérés des pays voisins. Et plus loin la Sicile, qui, de grecque qu'elle était encore, serait devenue carthaginoise et africaine si Rome n'eût été là.

21. Tarente, ville délicieusement située, objet de préférence et d'envie (3), insulta les galères romaines qui, un jour, se pré-

(1) Liv., *Epit.* XI.

(2) Quid dedicatum poscit Apollinem
Vates?.....
Non æstuosæ grata Calabriæ
Armenta.....
Horat., *Od.*, liv. I, 31.

(3) Ille terrarum mihi præter omnes
Angulus ridet: ubi non Hymetto
Mella decedunt, viridique certat
Bacca Venafro.

Ver ubi longum tepidasque præbet
Jupiter brumas, et amicus Aulon
Fertili Baccho minimum Falernis
Invidet uvis.
Horat. *Od.* II. 6.

Mihi jam non regia Roma,
Sed vacuum Tibur placet aut imbelle Tarentum.
Horat. *Epist.* I. 7.

Dicas adductum propius frondere Tarentum.
I. 16.

sentèrent à l'entrée du port. Naturellement la guerre fut déclarée. Le roi d'Épire Pyrrhus fut appelé. Il souffrit fort dans la bataille d'Héraclée, qu'il livra à Lævius et dont il sortit vainqueur. « Encore une victoire comme celle-là, dit-il, et je retourne en Grèce sans armée. » Plein d'audace, il s'avance jusqu'à six lieues de Rome, mais il est forcé de reculer et de passer en Sicile ; les Mamertins et les Carthaginois le repoussent. Malentendu et aveuglement stupide de ces peuples qui n'avaient qu'à se liguer contre l'ennemi commun ; malentendu heureux, car il permit aux Romains de jeter les premières assises de l'unité italique, en refoulant, à l'orient et au midi, l'élément hellénique et africain.

Pyrrhus battu, laissa Papirius achever la soumission de Tarente ; il quitta la Sicile en lui jetant cet adieu plein de l'intelligence des événements de son époque : « Beau champ de bataille pour les Romains et les Carthaginois ! » Il rentra dans l'Épire où il ne sut pas même mettre à profit les prudents et joyeux conseils de son ami Cinéas. (272.)

22. Une paix assez courte permit au Sénat d'organiser de nouveaux établissements à Bénévent dans le Latium et à Ariminium, sur la plage splendide coupée, vers le nord, par l'embouchure du Pô, grossi de ses affluents,

> Su la marina dove 'l Po discende
> Per aver pace co' seguaci sui (1).

23. La lutte avec Carthage commence. La première guerre punique ne fut autre chose que la continuation de l'œuvre commencée par la soumission des peuples depuis la Cisalpine jusqu'au golfe de Tarente. Une vaste province, plus fertile que la Campanie elle-même, restait en dehors de la domination romaine. Séparée de la terre ferme par un détroit, que quelques coups de rames suffisaient pour franchir, la Sicile ne pouvait rester en dehors de la conquête qui avait absorbé l'Italie. Pour attirer les légions, il ne fallait qu'un prétexte ; une occasion se présenta. Les Romains la saisirent avidement. Que de terres à

(1) DANTE, *Inferno*, c. V.

distribuer ! Que de richesses ils trouveraient ! La guerre se soutint pendant dix-sept années avec des chances diverses. Rome fit ses premiers essais maritimes, et s'enhardit jusqu'à traverser la Méditerranée. Régulus, Métellus, ensanglantèrent le sol de l'Afrique, mais la guerre resta italienne. Carthage opposa aux Romains un général habile, mais qui manquait d'une faculté indispensable : l'audace. Il ne sut ni garantir sa patrie de ravages terribles, ni attaquer l'ennemi dans son fort, ni conserver la Sicile. Amilcar se tint trop sur la défensive. Il fut contraint (247) d'abandonner la Sicile.

Qui sait ce qu'il eût été fait de Rome, s'il eût gardé à son fils ce point d'appui ?

Aussitôt après avoir conquis la sécurité vers le sud, les Romains tournèrent leurs vieilles armes et leur jeune marine contre les habitants sauvages de la côte orientale de l'Adriatique. L'Illyrie fut domptée ; la Cisalpine un moment agitée fut pacifiée (229-219).

Une preuve non équivoque que la conquête de la Sicile ne fut pour Rome qu'une guerre normale, c'est qu'elle ne s'en étonna et ne s'en troubla d'aucune façon. Elle continua son travail intérieur et son expansion extérieure ; elle ne suspendit point l'organisation de son système d'envahissement agricole. Pendant que ses consuls combattaient à Panorme et à Lilybée, elle envoyait des colonies à Firmum, à Esernie, à Castrum (263), dans les provinces méridionales, à Æsulum en Etrurie, à Alsium dans l'Ombrie (1), (247) à Plaisance, à Crémone. Mais un orage terrible grondait à l'horizon. Les tribus moins dociles murmurèrent contre l'établissement de ces deux dernières colonies, avec plus de hardiesse qu'elles n'eussent osé en montrer si elles n'avaient pas entendu au loin le bruit des préparatifs belliqueux de Carthage (219).

24. Arrêtons-nous ici, et jetant nos regards en arrière, essayons d'apercevoir, à côté de ces faits éclatants, le travail modeste de l'homme qui cherche à conquérir un arpent, où il pourra récolter la nourriture de sa famille. Une opposition frappe tout d'abord

(1) Vell. Paterc. I. 14.

entre le caractère de l'agitation du peuple, suivant qu'on l'observe dans le commencement de la république, ou qu'on l'étudie dans les deux siècles que nous venons de raconter précipitamment. Pendant les v^e^ et vi^e^ siècles avant Jésus-Christ, à partir de l'établissement des tribuns, les disputes entre les ordres revêtent la même forme. C'est toujours le même cri qui est poussé par les magistrats agitateurs. Ce cri « partagez la terre usurpée, » est toujours entendu. Pendant le iv^e^ et le iii^e^ siècles, il en est tout autrement. La loi agraire, comme loi générale, est délaissée par l'opinion. En 374, elle fut reprise, proposée, admise même; puis oubliée. Son inexécution (1) ne causa même pas un murmure. Ce n'est pas cependant que celui qui cette fois tenta de réveiller le vieux et redoutable souvenir manquât d'intelligence et d'habileté. Loin de là, le tribun Licinius se montra supérieur à tous ceux qui l'avaient précédé. Son caractère d'homme public n'était pas complet sans doute, mais les qualités qu'il déploya pendant une lutte de dix ans, rapprochées de la place secondaire où l'histoire l'a longtemps délaissé, fournissent un exemple de ces injustices ou de ces inconséquences dont une étude attentive peut à peine trouver l'explication (2). Pourquoi donc, après que tant de tribuns médiocres avaient humilié le Sénat et triomphé de lui, un homme qui fut un réformateur, qui étudia la politique de son temps et en comprit les mensonges, qui sut voir le seul moyen de les déjouer, qui y employa toutes les ressources que donne une volonté persistante et ferme, jointe à une vraie finesse et à une modération, par laquelle l'homme qui lutte est sûr de ne jamais compromettre sa cause, même quand il rencontre pour lui barrer la route les obstacles de l'entête-

(1) M. Antonin Macé soutient, au contraire, que la loi Licinienne fut rigoureusement exécutée. Il la représente comme la cause de la longue paix et de la prospérité qui suivit (*Des Lois agraires chez les Romains*, p. 203-250).

(2) On peut consulter sur ce point d'histoire romaine un petit livre publié en 1819 par M. Wachsmuth, professeur à l'Université de Halle, sous ce titre : *Ælter geschichte des rœmischen Staates*. Cet ouvrage, où l'auteur a su mettre à profit les découvertes, récentes alors, de Niebuhr, mériterait entre beaucoup d'autres les honneurs d'une traduction française.

ment et de la trahison, pourquoi donc un tel citoyen ne sut-il obtenir de ses contemporains qu'une approbation sans chaleur?

25. N'est-il pas étrange de voir ce noble plébéien, inférieur peut-être par l'éclat de sa parole, mais supérieur mille fois par l'entente des débats pacifiques de la liberté, à deux autres fameux tribuns que nous trouverons en suivant cette étude, n'est-il pas étrange de le voir, pendant dix ans, proposer sans succès les mesures, objet des désirs et des colères des générations passées? Pendant dix ans, Licinius et son collègue Sextius proposent que le consulat soit rétabli et partagé entre les deux ordres, que la condition des débiteurs soit adoucie, qu'on fasse entrer en déduction du capital dû les intérêts déjà payés, et que le reste soit remboursé en trois années par égales portions. Ils veulent enfin qu'à l'avenir aucun citoyen ne puisse posséder plus de cinq cents arpents de terres domaniales, ni envoyer dans les pâturages publics plus de cent têtes de gros bétail et cinq cents têtes de petit; sept arpents seraient distribués à chaque citoyen pauvre; ceux qui resteraient détenteurs du domaine paieraient au trésor public la dîme des fruits de la terre, un cinquième du produit des oliviers et de la vigne, et la redevance due pour chaque tête de bétail.

26. Ces trois propositions destinées à satisfaire les intérêts et à les protéger en flattant l'ambition, furent présentées en bloc, indivisibles, inséparables. Tout ou rien, disait Licinius. Le sénat eut beau corrompre les autres tribuns et acheter leur intervention; il eut beau multiplier les dictatures; Appius, membre du sénat, et surtout de l'illustre famille colonne du patriciat, eut beau haranguer; tous ces efforts réunis, tentés pour briser la proposition unique et en faire trois propositions distinctes, échouèrent devant l'inébranlable tenacité de Licinius. Appius s'écriait: « C'est présenter à un homme affamé du pain et du poison et l'obliger ou de prendre l'un et l'autre ensemble, ou de renoncer à l'un et à l'autre également (1). » Mais le tribun

(1) Liv. VI, 39.

inflexible, le fougueux patricien, furent impuissants à passionner la lutte. Le peuple exprimait bien quelques tranquilles vœux sur le partage des terres et la remise des dettes; les sénateurs paraissaient tout disposés à les écouter (1). Mais on vit, chose inouïe, un débat sur la loi agraire et les dettes dégénérer en puériles arguties sur le cérémonial religieux. Les prêtres avaient-ils bien rempli toutes les formalités prescrites lors de la consécration de Camille comme dictateur? C'était douteux. La chose était à éclaircir, et si quelque rite avait été oublié, il faudrait prononcer une grosse amende contre l'usurpateur. Une autre question aussi grave fut soulevée: serait-ce toujours des duumvirs qui auraient la garde des livres Sybillins, ou bien nommerait-on des décemvirs? On nomma des décemvirs.

Je sais qu'on peut dire que ces préoccupations futiles et ridicules pour nous, étaient graves pour les Romains, peuple aux instincts religieux. D'abord, les Romains les plus respectueux pour la religion étaient les patriciens, ceux précisément qui s'en faisaient une égide sacrée pour protéger leurs intérêts menacés par les plébéiens. Quant à ceux-ci, on connaît plus d'une occasion où ils en agirent assez librement avec la théologie du temps. On a pu voir une bataille retardée par un présage funeste ou irrégulièrement recueilli, mais ce qu'on n'a jamais vu, c'est un peuple suspendre bénévolement ses plaintes, ses réclamations, ses justes exigences, par amour pur pour les mystères et les symboles.

Et pour le temps où nous sommes, la meilleure preuve que les Romains attachaient en réalité peu d'importance à ces disputes, c'est qu'ils s'en fatiguèrent. La plèbe et le sénat laissèrent ces choses retomber dans l'oubli.

Licinius avait rêvé une profonde réforme sociale; il obtint seulement une modification politique.

27. Et pourtant les deux plaies qu'il avait voulu fermer exis-

(1) L'affaire du consulat à partager entre les deux ordres, réveilla un instant les esprits, mais le dictateur Camille conseilla aux patriciens de céder. Ils cédèrent. Et Sextius, plébéien, fut élu consul.

taient bien. Ce n'était pas le rêve chimérique d'un esprit chagrin. Oui, certes, l'usurpation des terres, la misérable condition des débiteurs, c'étaient deux maux trop réels.

Pourquoi donc les deux remèdes proposés furent-ils accueillis si froidement, qu'étant admis avec une unanimité toute d'indifférence, ils ne le furent que pour être abandonnés aussitôt après ? et, chose triste, par celui-là même qui les avait énergiquement imposés ?

La réponse, la voici :

C'est que l'un des remèdes venait trop tard,

L'autre trop tôt.

La loi agraire n'avait plus, la loi sur les dettes n'avait pas encore sa raison d'être. A l'injustice incorrigible des patriciens et à leurs usurpations, à la pauvreté de la plèbe, on commençait à remédier par les colonies. Dès les premiers essais, et comme les citoyens pauvres déjà plus habitués par les expéditions guerrières, qui devenaient de plus en plus longues, à demeurer longtemps éloignés de Rome, tenaient moins au séjour de la ville, on reconnut que les colonies seraient en même temps qu'un moyen de conquête défensive, un mode de satisfaction pour les demandes des plébéiens, sans que les possesseurs de terres fussent inquiétés. « Vous voulez des terres, vous voulez être propriétaires et laboureurs, disait le Sénat, partez et soyez contents; cultivez les terres des Etrusques, des Samnites, des Cisalpins; on ne vous demande, en cas de danger, que d'avertir à temps les consuls et de bien défendre vos nouveaux domaines contre leurs anciens maîtres, les ennemis de Rome (1). » Au commencement, tout alla bien. L'homme, comparant son ancienne misère à son bien-être présent, laboura le sol avec ardeur et amour. La propriété fut pour lui une réhabilitation, il se sou-

(1) ..... Venusinus arat finem sub utrumque colonus,
Missus ad hoc pulsis (vetus est ut fama), Sabellis,
Quo ne per vacuum Romano incurreret hostis,
Sive quod Apula gens seu quod Lucania bellum
Incuteret violenta.

HORAT. *Sat.*, liv. II, sat. 1.

mit aux nobles devoirs qu'elle impose ; il en recueillit les douces récompenses : l'élévation de sa dignité, sa subsistance et celle des siens assurée par son travail à lui (1). L'Italie, occupée par ces plébéiens énergiques et civilisés se revêtit d'une robe plus magnifique que celle dont le moyen-âge enveloppa l'Occident après la panique causée par l'approche de l'an 1000 ; elle se couvrit du vêtement doré des moissons et pût défier tous les fléaux. La peste, fréquente à cette époque dans la Péninsule, et la guerre, n'empêchèrent pas l'Italie de nourrir à elle seule ses enfants ; elle put même nourrir ses ennemis, venus d'outre-mer pour la combattre et la ravager.

28. Et pourtant cette belle institution des colonies naquit avec un vice qui se développa, grandit avec le temps, et causa sa ruine.

Les plébéiens, malgré les efforts déjà tardifs, mais admirables, de Licinius, consentirent à commencer cette œuvre alors que les contestations sur les dettes n'étaient point encore réglées définitivement. Or, c'était là un point capital, qui fut compris par le grand tribun, mais qui fut compris par lui seul. Nous verrons, lorsqu'un siècle et demi se sera écoulé, dans quel état cet oubli des émigrants fit tomber les colonies, à l'origine si prospères.

La condition des débiteurs à Rome avait, dans l'ancien temps, été dure. Les Douze Tables l'avaient un peu adoucie. Les créanciers, depuis, s'étaient efforcés de rétablir les plus sauvages sanctions de leurs droits. La plèbe résista d'un mouvement de résistance continu, mais qui exista tout entier à Rome sans profiter aux débiteurs partis, pour fonder des colonies. Vingt ans après la sortie de charge de Licinius (354), une loi fut portée qui fixait les intérêts de l'argent prêté à un pour cent par an. Les

(1) Agricolæ prisci fortes parvoque beati
Condita post frumenta, levantes tempore festo
Corpus et ipsum animum spe finis dura ferentem,
Cum sociis operum, et pueris et conjuge fida,
Tellurem porco, Silvanum lacte piabant,
Floribus et vino Genium, memorem brevis ævi.

HORAT., *Epist.*, liv. II, épit. 1, v. 139.

centesimæ usuræ furent réduites au *fœnus unciarum*. Les consuls Valerius Publicola, patricien, et C. Marcius, plébéien, élus en vertu de la loi de Licinius, s'appliquèrent à ce que les dispositions de cette loi relatives aux dettes fussent exécutées. En 344, sous le consulat de Manlius Torquatus et de C. Plantius, l'*unciarium fœnus* fut réduit de moitié, *semiunciarium fœnus* (1). Trois années furent données aux débiteurs pour s'acquitter de leurs dettes, en quatre paiements différents, dont le premier devait se faire actuellement, et les trois autres d'année en année.

29. Enfin, en l'an 323, un des crimes privés (2), dont la responsabilité ne pèse que sur un homme isolé, mais qui décèlent en même temps ce que la loi renferme de vicieux, vint renouveler l'émeute du Mont-Sacré.

Un certain Véturius, fils du consul Véturius, le malheureux héros des fourches Caudines, était au pouvoir d'un créancier qu'il ne pouvait satisfaire. Cet homme, du nom de Plotius, voulut faire de son jeune débiteur son Tigellinus. Celui-ci refusa, fut déchiré de coups de fouet, mais il trouva le moyen de s'évader. Les consuls, Claudius et Nautius, reçurent sa plainte et la firent connaître au Sénat. Tous les débiteurs retenus dans les maisons furent rendus à la liberté. Le peuple, touché et indigné, demanda plus; il exigea l'abolition complète des dettes, et se retira sur le Janicule précédé des tribuns. Le Sénat nomma un dictateur. Q. Hortensius, homme souple, essaya de contenter la foule en lui accordant toute autre chose que ce qu'elle demandait. On renouvela la loi qui donnait aux plébiscites une autorité semblable à celle des sénatus-consultes. Le peuple satisfait rentra dans la ville; et ce qui aurait pu donner lieu à une réforme n'eut d'autre résultat que d'interrompre quelques souffrances.

(1) Primo XII Tabulis sanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret, quem antea ex libidine locupletium agitaretur. Dein, rogatione Tribunicia, ad semiuncias redacta. Postremo vetita versura, multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quæ toties repressæ, miras per artes rursum oriebantur. Tacit., *Annal.*, VI, 16.

(2) Liv. VIII, 28.

Les cris des plébéiens ne furent pas ainsi poussés en pure perte ; mais les choses se seraient autrement passées s'il se fût trouvé là un Licinius (1). — Un autre résultat nul au point de vue économique, mais grave au point de vue de l'humanité, fut toutefois obtenu. On décida que la liberté du citoyen romain ne pourrait plus être le gage de ses créanciers.

Vers la fin du IIIe siècle, les événements vinrent prouver que la prophétie de Pyrrhus quittant la Sicile était loin d'être accomplie et épuisée.

30. Annibal était arrivé à l'âge d'homme. Carthage ayant en elle un tel instrument, ne pouvait s'endormir et oublier plus longtemps sa vengeance. L'agrandissement maritime de Rome lui devenait insupportable. La guerre éclata.

La raconter n'est pas de mon sujet, et, pourtant, il faut constater ici quel en fut le nouveau caractère et quelles en furent les influences sur la propriété du sol.

Jusqu'alors, nous l'avons dit, la guerre, pour Rome, avait été exclusivement italienne. Avec Annibal, elle s'élargit et embrassa non plus une presqu'île, mais une vaste portion de l'Occident. L'Espagne, l'Afrique, l'Italie, la mer, devinrent le champ de manœuvre du grand peuple et du grand capitaine africain. Des masses d'hommes plus considérables furent mises en mouvement et sacrifiées, des obstacles que jusque-là on n'avait point songé à surmonter, furent escaladés avec audace. C'était la grande guerre qui apparaissait.

Annibal une fois tombé, Rome ne se replia pas sur elle-même. Ses généraux profitèrent des leçons que leur avait données leur ennemi. La Gaule méridionale, les péninsules Ibérique et Macédonique, partagèrent l'honneur sanglant d'être foulées par le pied des légionnaires. Annibal, Fabius et Marcellus, Philippe, Antiochus, Persée, Paul Emile, Flamininus, Scipion, Asdrubal, tous, par leurs défaites, leurs victoires, leurs expédi-

(1) Freinshemius, XI, 25, 30.
Val. Max., VI. 1.
Liv. *Epit.*, XI.
Liv. VIII, 28.

tions que n'arrêtèrent ni les grands fleuves, ni les Alpes, ni les Pyrénées, commencèrent à faire du peuple romain ce *populum late regem*, qui dans un siècle aura des provinces assez éloignées pour y exiler honorablement ses personnages gênants.

31. Cet agrandissement de la guerre ne fut pas sans influence sur les industries les plus obscures de la ville. En présence de sa tâche nouvelle, le gouvernement sentit son insuffisance. Il appela à son aide les gouvernés. L'administration militaire devint peu à peu une nécessité, puis une science; science d'application, il est vrai, et non de théorie. L'État se mit en rapport avec les particuliers et traita avec eux. Il contracta des emprunts et passa des marchés. La monnaie d'argent, qui était connue depuis la guerre contre Pyrrhus, facilita les opérations. La finance vit le jour. Des conflits d'intérêts surgirent et attirèrent sur ces transactions nouvelles l'attention du peuple et des magistrats. Au commencement de la seconde guerre punique, la République avait beaucoup emprunté. Durant la paix qui précéda les premières hostilités contre Philippe, on pressa l'acquittement de ces dettes (1). Les anciens consuls sous le pouvoir desquels ces levées volontaires de fonds avaient été faites, représentaient, moitié par justice, moitié par désir de susciter des embarras à leurs successeurs, combien il était onéreux pour les créanciers de l'État de subir une si longue attente. Beaucoup de sénateurs avaient prêté. C'est dire que l'affaire fut promptement réglée. On ordonna aux consuls d'alors, Cornelius et Sempronius, de faire un premier paiement avant que de sortir de charge. Quant au reste, on décida qu'il serait versé en deux fois, pendant le troisième et le cinquième consulat.

32. Ces opérations naissantes de l'État avec les particuliers ne furent pas aussi simples, aussi naïves que pourraient l'imaginer ceux qui croient à l'absolue incapacité industrielle des Romains. Plus d'une fois le Forum retentit des accusations portées et débattues contre des financiers d'hier, devenus bien vite trop rusés. Pendant la lutte des généraux de Rome contre

(1) Liv. XXIX, 16.

Annibal, quand il fallut fournir de vivres l'armée d'Espagne, la République se vit impuissante. Elle vendit l'entreprise à des publicains ; ceux-ci stipulèrent que l'État prendrait à ses risques les pertes occasionnées par les naufrages. Il n'est sorte de fraudes qui ne sortit de cette convention. On supposait de faux naufrages. On achetait à vil prix et en petite quantité de méchants effets que l'on expédiait par de mauvais bateaux, munis d'excellentes embarcations de sauvetage. Le moindre coup de vent coulait bas les vaisseaux de transport, et les matelots, de connivence avec les traitants, gagnaient terre, grâce à leurs chaloupes (1). Les registres qu'ils fournissaient, contenaient des listes sans fin d'objets dénoncés faussement comme fournis. Car cette époque fut le beau temps des écritures publiques et privées. Deux de ces affaires furent déférées à grand bruit à la justice du peuple, contre un certain Pomponius, et en l'an 212, contre Postumius Pyrgensis. Celui-ci fut condamné à l'exil. Aussitôt après sa condamnation, un grand nombre de fournisseurs quittèrent Rome sans bruit, emportant leurs richesses.

33. Au milieu du second siècle avant notre ère, Rome en finit avec Carthage, sinon avec l'Afrique. Scipion laissa peu de chose à faire à Metellus et à Marius.

Dix ans après le dernier coup de ce grand duel, un citoyen éminent, homme doux et charmant, connu des soldats pour ses qualités militaires, doué d'une parole toute pleine de persuasion et d'élégance, sollicita les suffrages pour le tribunat, et réussit.

34. Cet homme était Tiberius Gracchus. Tout le recommandait à l'attention de son temps. Jeune, il portait déjà la responsabilité d'actes éclatants, vivement discutés. Son enfance avait été remplie d'études sérieuses et élevées. Des maîtres venus de Grèce lui avaient inculqué la science perfectionnée de la parole, et l'amour de l'activité remuante, propre à leur patrie. Sa mère, une des grandes figures de ces temps, les avait secondés de ses ardentes excitations. Quand le jeune Tiberius partit pour rejoindre à l'armée Scipion, son parent, il avait pu recevoir de son

(1) Liv. XXV, 3, 4.

père, censeur et consulaire, les leçons pratiques et la connaissance du peuple au milieu duquel il était né ; aussi ne perdit-il pas en vaines distractions les voyages qu'il lui fallut faire à travers l'Espagne, l'Afrique et surtout l'Italie.

35. Les provinces avaient bien changé pendant ces deux siècles, où la terrible loi agraire avait été oubliée et tendait apparemment à devenir un fait historique. L'établissement des colonies était de nature à l'éloigner pour toujours, du moins c'avait été l'espoir des patriciens. Malheureusement cette espérance ne se réalisa point. Les premiers colons avaient été surtout choisis parmi les pauvres, les prolétaires, les obérés, ceux qui réclamaient à grands cris sur le Forum un peu de terre et l'abolition des dettes. En les envoyant à tous les coins de l'Italie mal soumise, pour la tenir en respect, on crut les satisfaire et les mettre à jamais à l'abri de leurs créanciers. A l'arrivée sur le terrain nouveau, les choses se passèrent assez bien ; les partages de terres furent équitables et à peu près égaux. Mais peu d'années se passèrent sans que les maux qu'on avait cru laisser à Rome, mais dont on avait emporté avec soi le germe, ne commençassent de nouveau à donner signe de vie. Parmi les émigrants, il se trouva toujours dans la même colonie, côte à côte, deux voisins, dont l'un était créancier de l'autre. Le premier moment de joie écoulé, le créancier rappela ce qui lui était dû ; il en exigea le paiement. N'étant pas satisfait par son débiteur qui n'avait apporté de la ville que son courage et ses illusions, il invoqua la loi, exigea des sûretés, des compensations. On s'attrista, on voulut réclamer. L'exil était assez dur pour valoir, à qui l'acceptait, la libération. Les créanciers se montrèrent d'autant plus impitoyables qu'ils n'étaient contenus par aucune des oppositions qui leur étaient suscitées sur le Forum. Ici plus de consul plébéien, plus de tribuns. Les malheureux débiteurs durent regretter amèrement ces protections qui ne dépassaient point l'enceinte de la ville et qui désormais pour eux étaient évanouies. Ils devaient, ils ne pouvaient pas s'acquitter. Ils manquaient de direction pour opposer une résistance une et disciplinée. La propriété des terres fut engagée à leurs créan-

ciers. Ils devinrent des colons aux gages, ou plutôt à la merci des propriétaires. Cependant, les intérêts des sommes dues grossissaient toujours, la propriété agricole tombait pièce à pièce des mains de l'ancien maître ; les instruments, les animaux, entretenus et élevés par lui, passaient sous le domaine du créancier non payé à l'échéance. C'est à partir de ce moment que devient proverbiale la pauvreté du colon dépendant, qui doit, désormais, prendre l'habitude de supplier, et dont la condition sera l'image de toutes les misères, le contraste de tous les bonheurs :

Te *pauper* ambit sollicita prece ruris *colonus*

HORAT. *Od.* L. I. od. 35.

Sive reges,
Sive *inopes* erimus *coloni*.

Id. L. II. od. 14.

Adieu pour toujours à cette forte race de libres laboureurs un moment entrevus.

Ce fut bientôt un rare et enviable bonheur pour le Romain de ne se savoir pas de dettes; de pouvoir, comme les émigrés d'autrefois, labourer sa terre à lui, avec des bœufs et une charrue à lui. Le gai poëte est devenu un sérieux historien quand il a parlé de ces choses :

Beatus ille qui procul negotiis,
Ut prisca gens mortalium,
Paterna rura bobus exercet *suis*
Solutus omni *fœnore*.

HORACE. *Epode* 2.

Force fut de céder. Plus tard, le gage ne suffit plus aux exigences des créanciers; ils acquirent la propriété définitive, puis la possession même des terres. Les débiteurs furent chassés et contraints d'abandonner, jusqu'à la dernière motte de terre, ce petit champ acheté au prix de dures privations.

Pellitur paternos
In sinu ferens deos
Et uxor et vir, sordidosque natos.
Hor. *Ad ocarum*, od. 2. 18.

Ils se firent soldats ou quittèrent l'Italie. La propriété se modifia. Divisée à l'origine, elle s'agrandit. Les grands domaines se formèrent. La culture fut confiée à des esclaves paresseux et pillards. Les maîtres, peu satisfaits de ces laboureurs fainéants, convertirent leurs terres de labour en pâturages. Leurs profits s'en accrurent pendant quelque temps, mais l'Italie, qui, même avant l'acquisition de la Sicile, avait pu nourrir ses innombrables habitants, alors que ses côtes étaient bloquées par les flottes ennemies, fut obligée de faire venir des blés de l'Asie-Mineure, et plus tard le mal grandit tellement, avec les vastes exploitations serviles, que bientôt les pirates à eux seuls pourront affamer l'Italie, et qu'il faudra confier au grand Pompée lui-même une guerre obscure d'écumeur de mer, pour empêcher le peuple romain de périr d'inanition.

36. Tibérius Gracchus, revenu de Carthage, où il avait ébloui les légionnaires par son intrépidité dans l'assaut, dut partir pour l'Espagne et y rejoindre le consul Mancinus.

Un traité, conclu par lui avec les Numantins, vainqueurs du consul, fut violemment attaqué à Rome, quoiqu'il sauvât la vie à vingt mille soldats désarmés et enveloppés par les Ibères.

Tibérius avait gagné l'Espagne par terre en traversant l'Italie du Nord et la Gaule méridionale. Il avait été rempli de tristesse à l'aspect des plaines de l'Étrurie. Ces terres fertiles étaient désertes ; il n'y rencontra pas un Romain, et ne vit sur son passage que des esclaves, étrangers, barbares hideux, qui s'étaient faits bouviers en attendant qu'ils devinssent bandits. C'est à son retour à Rome que Tibérius fut nommé tribun. On a dit que ses propositions de réforme vinrent de son ambition personnelle, et que toute l'initiative lui appartient.

37. Rien de plus faux. Tibérius trouva l'opinion publique préparée jusqu'à l'exaltation ; les réclamations écrites pleuvaient

sur sa maison. « En réalité, dit Plutarque, ce fut le peuple lui-même qui hâta sa détermination, en couvrant les portiques, les murailles et les tombeaux d'affiches, par lesquelles on l'excitait à faire rendre aux pauvres les terres du domaine public. » Trop ami de la concorde pour exciter un semblable mouvement, Tibérius avait en lui assez de raison et d'énergie pour fermer les oreilles aux réclamations de ses concitoyens. Le souvenir de ce qu'il avait vu et appris lui permit de comprendre qu'il y avait là une cause juste à défendre. L'abandonner eût été d'un lâche; aborder seul ce grand travail aurait été d'un présomptueux. Le nouveau tribun fut tout à la fois un magistrat vigilant et un homme plein d'une sage défiance contre sa jeunesse. Son dessein arrêté, il voulut demander avis à ce qu'il y avait dans la République de plus grand par la position officielle et le savoir. Le patricien sénateur Appius Claudius, son beau-père; le pontife Crassus, l'illustre jurisconsulte Mucius Scævola, alors consul, furent les conseillers qu'il se choisit. Ces augustes personnages s'adjoignirent volontiers au tribun, et tous les quatre de concert arrêtèrent le projet de réforme que Tibérius devrait présenter et soutenir. Rédigée par de tels hommes, il n'était pas probable que la loi nouvelle dût contenir de dispositions excessives, injustes et violentes. Elle resta bien en arrière des exigences de Licinius. La liberté de s'enrichir demeura entière pour les riches; on écarta l'ancienne mesure qui leur interdisait de posséder plus de cinq cents arpents de terres patrimoniales. L'élaboration terminée, Tibérius fit connaître la loi au peuple entier. Rien d'aussi modéré n'avait encore paru sur ce sujet brûlant.

38. Les riches devaient rendre les terres du domaine public qu'ils avaient usurpées.

On consentait cependant à laisser à chaque père de famille 500 arpents de ces terres, et 250 de plus au nom de leurs enfants mâles (1).

Une indemnité leur serait versée pour la portion qu'ils ne conserveraient pas.

(1) Plutarque, *Tib. Gracchus*.

La clameur fut grande du côté des riches. Tibérius défendit légalement sa proposition par les discours qu'il tint à la tribune, et dont il ne nous reste que des ruines. Ses adversaires, n'ayant pas de contradicteur à lui opposer, eurent, comme autrefois, recours à la corruption. Ils achetèrent le *veto* permanent d'un autre tribun, Octavius, ami personnel de Gracchus.

Ce procédé irrita l'âme droite de Tibérius au point de lui faire perdre toute mesure. La lutte au grand jour, soutenue avec âpreté par ceux que sa loi devait atteindre, ne l'avait point surpris. Son sang-froid était resté entier, sa parole n'avait rien perdu dans le combat de sa douceur et de sa convenance exquises. Devant la trahison d'un ami et d'un collègue, il s'étonna jusqu'à l'emportement, jusqu'à la maladresse. Alors il retira le projet de loi élaboré par lui en commun avec les citoyens illustres que nous savons, et le remplaça par un autre. Ordre aux riches de sortir sans délai des terres du domaine, sans en rien conserver et sans indemnité.

Le *veto* d'Octavius continuant de l'arrêter, il posa la question au peuple entre son collègue et lui. Octavius fut vaincu. Tibérius fit élire à sa place un de ses clients.

39. La loi agraire, dépouillée de ses tempéraments équitables, est soumise aux suffrages et adoptée. On procède aussitôt au choix de trois commissaires pour l'exécution. Le peuple élit Tibérius lui-même, Caïus Gracchus, son jeune frère, alors à l'armée, et Appius Claudius, son beau-père.—L'irritation devint générale; les riches, indignés du résultat de cette dernière élection, prodiguèrent à Tibérius toutes sortes d'avanies. Il fut insulté en plein Sénat; on lui refusa la tente que la République fournissait toujours à ceux qui étaient chargés par le peuple d'une mission hors de la ville. On lui alloua une indemnité quotidienne dérisoire.

Un de ses amis mourut, évidemment empoisonné. Les soupçons très-fondés de la plèbe l'exaspérèrent contre le sénat. Tibérius loin de l'apaiser, comme c'eût été son devoir de tribun, ne sut pas se mettre au-dessus des passions en mouvement. Il prit le deuil, amena ses enfants sur la place publique, et supplia

le peuple de les prendre sous sa protection, eux et leur mère, comme si lui-même s'attendait bientôt à subir le sort de son ami assassiné.

40. Depuis longtemps une cause économique avait retardé le développement prospère des colonies. C'était la pauvreté même de ceux qu'on envoyait pour posséder et cultiver la terre. Le colon arrivait devant son champ, n'ayant ni charrue, ni bêtes de trait, ni instruments d'aucune sorte. Obligé d'emprunter de l'argent de quelque riche compagnon comme lui venu de Rome, il tomba sous sa dépendance, ne put pas rendre, et fut contraint d'engager d'abord, d'abandonner ensuite les quelques arpents qui lui avaient été assignés.

Tibérius se trouvait devant la même difficulté. Il pouvait bien proposer l'abolition générale des dettes ; mais, sans compter les clameurs nouvelles qu'il aurait soulevées, il savait comment était exécutée cette loi dans les colonies. Un événement imprévu lui vint en aide.

41. Un étranger, que Plutarque appelle Eudémus, entra dans la ville apportant un testament par lequel Attale Philométor, roi de Pergame, instituait le peuple romain son héritier.

Tibérius proposa sur-le-champ une loi, qui portait que tout l'argent provenant de la succession d'Attale, serait partagé entre les citoyens auxquels il était échu des terres par le sort, afin qu'ils pussent se fournir d'instruments aratoires, et faire face aux premiers frais de la culture.

Il semble bien qu'il eût dû se contenter de cette mesure, excellente au point de vue économique et agricole, mais capable, après tout, de soulever de justes plaintes, puisque le testateur avait voulu étendre ses bienfaits à tous les citoyens, et qu'une classe seulement allait en profiter. C'eût été d'autant plus le devoir de Tibérius, que les riches ne paraissent pas avoir réclamé bien haut contre cette exclusion prononcée à leur préjudice. Mais le tribun alla plus loin. Il déclara le sénat incompétent pour statuer sur la destination des villes qui avaient appartenu à Attale, et se chargea d'en faire lui-même le rapport à l'assemblée du peuple. Mesure froissante, injuste, sans profit

pour le peuple, nuisible à l'exécution des réformes, à cause des colères qu'elle rallumait.

42. La première année du tribunat de Tibérius Gracchus touchait à sa fin. Pendant ces derniers jours il se livra à un travail vain et dangereux pour les hommes publics. Il entreprit l'apologie de ses actes passés. Les discours qu'il prononça sur cet inutile sujet sont fort beaux, mais ils ne ramenèrent ni la sécurité, ni le calme dans les esprits.

Il sollicita un second tribunat, afin, disait-il, d'être à l'abri des attentats qu'on préparait contre ses jours, et qu'on accomplirait aussitôt après qu'il serait rentré dans la vie privée. Ce fut cette deuxième magistrature qui le perdit. Il fut élu; mais le malheureux accumula les fautes et les maladresses. Il avait rendu lui-même l'accomplissement de sa loi agraire fort difficile, en la modifiant, comme nous l'avons vu. Il fallait de la résolution, de l'activité, pas de préoccupations étrangères, et s'adonner de toute son énergie à la réalisation de la réforme entreprise, et approuvée par le peuple. Tout au contraire, Tibérius parut oublier le partage des terres, oublier que si le Sénat lui avait refusé une tente, le peuple l'avait nommé l'exécuteur de la loi agraire. Il perdit ces moments précieux en propositions, les unes bonnes, les autres mauvaises, toutes inopportunes, sur la réduction du temps de service militaire, sur l'appel au peuple des sentences de tous les tribunaux, sur l'adjonction aux sénateurs, chargés seuls de tous les jugements, d'un pareil nombre de chevaliers. La plèbe, malgré son engouement pour la personne de son tribun, fut désappointée. Le jour où l'on devait voter sur ces lois nouvelles, le Forum fut presque désert. Tibérius fut pris d'un découragement causé par la vue exacte de son affaiblissement politique et aussi par l'impression de présages funestes qui frappèrent douloureusement sa religieuse et poétique nature.

43. Les sénateurs, tenus au courant de ce qui se passait sur la place, profitèrent à la hâte de l'isolement où se trouvait leur ennemi. L'un d'eux l'alla voir pendant qu'il prononçait une harangue pleine de la mélancolie de sa chute prochaine. Tibérius répétait que c'était à sa tête qu'on en voulait, et son geste ac-

compagnant sa parole, il porta plusieurs fois la main à son front. Aussitôt le patricien revient au Sénat : il rapporte ce qu'il a vu de loin; Gracchus est en train de demander au peuple la couronne de roi. Il faut courir sus au tyran, déjà soupçonné d'avoir reçu de l'envoyé d'Attale un diadème secrètement conservé dans sa maison. En vain le consul Mucius Scævola essaya de parler pour la loi et pour l'humanité. Il était bien temps en vérité de se préoccuper de formalités. Les sénateurs se ruèrent hors de leur temple, ils trouvèrent à la porte leurs clients armés par eux à l'avance, et tous coururent au Capitole. La foule se dispersa lâchement à leur approche. Un homme de la plèbe, fidèle et inconnu, interrompit le tribun qui prononçait à haute voix une prière aux Dieux: « Fuis, s'écria-t-il, fuis, Tibérius, tu ne les vois donc pas, regarde! *Fuge, Tiberi, fuge. Non vides? respice, inquam* (1). » Dernier mot d'amour qui dut faire vibrer de joie le cœur du malheureux ; adoucissement à sa mort, surtout s'il ne sentit pas que celui qui le frappa était un traître, Publius Satureius, son collègue. Un misérable l'acheva, et s'en vanta depuis comme d'une belle action. « Iste, viri fortissimi miserando sanguine adspersus, quasi facinus præclarissimum fecisset, circumspectans et hilaris sceleratam gratulantibus manum porrigens, in templum Jovis contulit sese (2). »

44. Scipion, alors à Numance, en apprenant la mort de son parent et de son ancien questeur militaire, fit preuve de littérature et de cruauté ; il récita tout haut ce vers d'Homère :

Puisse périr aussi quiconque en ferait autant!

Les sénateurs se vengèrent par un massacre et des supplices atroces sur les amis de Tibérius. De plus, ils jetèrent au Tibre son cadavre.

Écoutons, avant de passer outre, le jugement porté sur cette lutte par un noble esprit qui, lui aussi, hélas! a péri dans Rome.

(1) Cicéron, *Ad Herennium*, liv. IV, ch. 55, 56.

(2) Cicéron, *Ad Herennium*, liv. IV, 55, 56. Voir aussi Plutarque, *Tibérius Gracchus*.

« Tibérius Gracchus était un homme d'État très-distingué, un esprit très-élevé, et l'un des plus grands crimes et l'une des plus grandes fautes de l'aristocratie romaine a été de le faire assassiner, au lieu de l'écouter. Elle a ainsi préparé sa chute à elle-même. Dans ce temps-là, il y avait encore moyen de rétablir une équitable harmonie entre les deux classes rivales ; depuis lors, la lutte s'est de plus en plus envenimée, elle est devenue une lutte à mort ; et comme il arrive en pareils duels, les deux partis sont tombés ensemble, et il n'est resté de vivant que le pouvoir (1). »

45. Le mort laissait à ses ingrats protégés un frère plus jeune que lui de neuf ans : Caïus Gracchus demanda le corps de son frère pour l'ensevelir. Il fut repoussé.

Alors, il se retira dans sa maison et s'y cloîtra. L'accomplissement des projets de son frère l'appelait pourtant. Caïus, malgré ses vingt-deux ans, était commissaire du partage des terres, et le peuple, par un retour tardif et intéressé, témoignait son amour envers celui qu'il avait laissé égorger. Le Sénat tremblant, humilié de sa violence, se taisait devant l'exécution de la loi agraire. Moment favorable. Tout provoquait Caïus au Forum, les circonstances et le devoir même.

Rien ne put cependant l'arracher à sa retraite. Les tentations de la popularité immédiate furent impuissantes contre les conseils de la prudence. Durant plusieurs années, Caïus Gracchus se livra solitairenent à l'étude, et amassa des trésors de science. Il se forma à lui-même un caractère, une foi, sans lesquels les hommes publics ne sauraient être grands ni honnêtes ; mais en même temps, ce fut là son malheur, il cultiva amoureusement sa haine, au lieu de s'appliquer à l'étouffer. Une religion terrible s'empara de lui. L'image de son frère assassiné devint son dieu, et la vengeance son plus cher devoir. Il écrivit la biographie de son père, l'énergique conquérant de la Sardaigne ; il médita la vie de ce frère, toujours présent à son esprit, dans la veille, dans le sommeil même (1), dont il ne pouvait parler qu'à Cornélie,

(1) Rossi. *Économie politique chez les Romains. Mélanges*, t. I, p. 225.

(1) Plutarque. *Vie de Caïus Gracchus.* Cicéron. *De Divinatione.* l. I. XXVI. 55, 56.

sa mère, et qu'il aima, croit-on, plus que sa patrie, plus que sa cause (1).

Une occasion se présenta d'essayer son talent et d'éprouver les dispositions du peuple. Un de ses amis se trouvait sous le coup d'une accusation publique. Caïus entreprit sa défense et se présenta au Forum pour la première fois. Ce fut une explosion d'enthousiasme populaire. Il fut acclamé avant d'avoir commencé à parler. Le discours qu'il prononça le mit dès ce jour au premier rang des orateurs. Son ami fut renvoyé absous, et les deux ordres recommencèrent à se regarder avec colère; les grands comprirent que leur sanglante victoire était compromise, car la plèbe avait retrouvé une arme redoutable pour un nouveau combat.

47. Aussitôt qu'on le put, on éloigna Caïus en lui confiant le poste de questeur de l'armée de Sardaigne, sous les ordres du

(1) Cicéron revient souvent sur cette immense affection fraternelle qui, selon lui, occupa la première place dans le cœur et dans le cerveau de Caïus Gracchus :

Utinam non tam fratri pietatem, quam patriæ præstare voluisset! *(Brutus.* XXXIII. 126.)

Caium autem Gracchum mors fraterna, pietas, dolor, magnitudo animi ad expetendas domestici sanguinis pœnas excitavit. *(De Haruspicum responsis.* XX. 43.)

Lire surtout l'éloquente invective de l'orateur contre Labienus, sur le droit d'appel au peuple, fondé par Caïus Gracchus : « An vero si actio ista popularis esset, et, si ullam partem æquitatis haberet aut juris, Caius Gracchus eam reliquisset? Scilicet tibi graviorem dolorem patrui tui mors attulit, quam C. Graccho fratris : et tibi acerbior ejus patrui mors est, quem numquam vidisti, quam illi ejus fratris, quicum concordissime vixerat : et similis viri tu ulcisceris patrui mortem, atque ille persequeretur fratris sui, *si ista ratione agere voluisset?* (Cicero. *Pro Rabirio.* V. 14.)

Ces derniers mots contiennent une réticence plus habile que vraie. Il est trop certain que Caïus, avant tout, voulut venger son frère. Cicéron était obligé de les saluer de pompeux éloges, toutes les fois qu'il en parlait en public, quelque mal qu'il en pensât en réalité. Il serait curieux de rapprocher ce qu'il dit, non de leur talent, il l'admire toujours, mais de leur caractère, suivant qu'il parle au Forum ou qu'il écrit dans sa maison, suivant qu'il prononce une harangue ou qu'il compose un traité.

consul Orésta. Le choix du Sénat était habile : tout en se débarrassant du dangereux orateur, ils l'envoyaient dans un pays où son nom devait exciter la haine, car l'île avait été naguère rudement maltraitée par son père, Sempronius Gracchus, qui termina sa victoire par une humiliation, de celles qu'on n'oublie pas. Il avait mis tous ces insulaires en vente; et bientôt le Sarde devint une marchandise de vil prix, tant elle était abondante.

Le jeune questeur, par une intégrité jusque-là sans exemple, et par d'éminentes qualités personnelles, triompha si bien de l'impression que devaient causer ces souvenirs, que bientôt il put tirer l'armée romaine d'un grave embarras d'administration militaire, en s'adressant directement aux Sardes eux-mêmes.

L'hiver était rude, et les soldats manquaient d'habits. Le consul Oresta décréta une réquisition qui pèserait sur les villes de l'île. Elles réclamèrent contre cette mesure auprès du Sénat, qui les écouta favorablement et ordonna que le consul eût à se pourvoir ailleurs. Cette réponse était faite surtout pour dépopulariser le questeur, à qui le soldat ne manquerait pas de s'en prendre, comme à l'auteur responsable de ses souffrances. Caïus Gracchus entreprit une tournée dans la Sardaigne, et fit si bien qu'il parvint à changer les dispositions des habitants. Ceux-ci prirent l'engagement de vêtir chaudement l'armée romaine, et tinrent parole (1).

Un chef africain, dont l'aïeul illustre avait été lié d'amitié avec le premier Scipion, envoya un convoi de blé à l'armée de Sardaigne par considération pour Gracchus, petit-fils du grand homme. Les envoyés qui vinrent à Rome annoncer au Sénat

(1) M. Michelet paraît sur ce point avoir été induit en erreur. « Tel était, dit cet historien, le crédit de Caïus *sur les villes d'Italie*, qu'elles accordèrent à ses sollicitations personnelles les vêtements que la province de Sardaigne refusait à l'armée avec l'approbation du Sénat. » Le Sénat eût-il permis au questeur de quitter son poste pour venir agiter l'Italie et y préparer son influence aux dépens de l'autorité des magistrats patriciens? L'invraisemblance suffirait pour écarter cette assertion, contraire d'ailleurs au témoignage des historiens. (Voir PLUTARQUE, *Vie de Caïus;* ROLLIN, *Histoire romaine*, liv. XXVIII.)

cette gracieuseté furent reçus comme des porteurs de mauvaises nouvelles. On accepta le blé, mais on les renvoya avec humeur.

Cependant l'opinion recommençait à s'agiter à Rome. Fulvius, consul, ancien commissaire pour le partage des terres, ami des Gracques, ne fit rien pour l'apaiser. Comme le Sénat venait de proroger Caïus dans ses fonctions en Sardaigne, celui-ci arriva subitement. On cria à la désertion; on l'accusa d'avoir soudoyé la rébellion récente d'une colonie. Les sénateurs auraient mieux fait de se taire. La justification de Caïus fut établie clairement, et développée par lui en termes modestes et superbes (1).

Il demanda enfin le tribunat, et l'obtint malgré d'actives menées.

Le temps, l'étude, les travaux absorbants et continus de l'administration militaire, le succès même n'avaient pu tempérer la haine implacable de Caïus contre les meurtriers de Tibérius. Quand il revêtit la toge simple des tribuns, son cœur déborda. Le rôle de réformateur fut oublié, il ne vit que la vengeance qu'il tenait enfin. Il proposa la dégradation de tout homme qui, magistrat, aurait été déposé par le peuple, et la mise en accusation de quiconque aurait banni un citoyen sans lui avoir fait un procès suivant les formes légales. Popilius, qui, pendant son consulat, avait banni des amis de Tibérius, comprit, et se hâta de s'éloigner. Octavius, son adversaire, fut sauvé de la honte par les prières de Cornélie qui obtint de Caïus le retrait de sa première proposition. Singulière indulgence de cette mère, à une époque et chez un peuple où le pardon était aussi inconnu que chez les Juifs eux-mêmes.

49. Caïus commença son travail; il le commença mal et commit dès le début les fautes où Tibérius ne s'était laissé aller qu'en se sentant tomber. Il éparpilla ses forces en voulant creuser plusieurs sillons à la fois, au lieu de reprendre le grand projet auquel son nom était déjà lié, et d'assurer le partage des terres en lui donnant pour base la justice, pour avenir la stabilité. En quelques mois il proposa cinq lois, dont chacune d'elles eût

(1) V. Aulu-Gelle, XV, 12; Cicero, *Orator*, LXX, 233; *Brutus*, XXVIII, 109.

demandé l'application longue et spéciale d'un homme tel que lui. La première était celle qui nous intéresse, elle avait pour objet la distribution des terres domaniales aux citoyens pauvres qu'on enverrait dans les colonies ; la seconde, toute militaire, portait que les soldats seraient habillés aux dépens du trésor de la République, sans que pour cela leur solde fût abaissée, et qu'on n'enrôlerait aucun citoyen qui n'aurait pas dix-sept ans accomplis ; la troisième, excellente mais prématurée, regardait les alliés, et donnait à tous les habitants de l'Italie le droit de suffrage, tel que l'avaient les citoyens romains ; la quatrième fixait à un bas prix le blé qu'on distribuerait ; habitude mauvaise, ennemie du travail et de l'initiative individuelle; précédent recueilli avec soin par le despotisme de l'Empire qui, pour couronner l'institution, n'eut qu'à y ajouter les jeux du cirque ; la cinquième, celle qu'il parut avec raison considérer comme la plus importante, était relative aux Tribunaux et retranchait une grande partie de l'autorité qu'y avaient les sénateurs, jusqu'alors seuls juges de tous les procès. Aux trois cents sénateurs qui occupaient alors toutes les charges judiciaires, étaient ajoutés en nombre égal des chevaliers romains.

C'en était trop ; le peuple n'en comprit qu'une partie, celle qui flattait son oisiveté, et tout en continuant d'aimer le tribun qui se montrait avenant pour tous et qui parlait, ce que n'avait fait jusque-là aucun orateur, en se présentant de face à l'Assemblée du peuple et en tournant le dos au Sénat, il laissa passer cette avalanche de lois sans les appuyer de son approbation.

50. On a dit et répété maintes fois que Caïus avait en lui l'étoffe et l'ambition d'un dominateur, qui se sentait à l'étroit dans l'exercice d'une magistrature et qui désirait conquérir un pouvoir définitif, indépendant. Rien n'est moins fondé que ce soupçon. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un rapide coup d'œil sur cette personnalité loyale, éclatante et défectueuse. Caïus Gracchus manqua d'une qualité essentielle à tous les ambitieux ; il ne sut pas connaître les hommes ; en se choisissant des amis, il mit presque toujours la main sur des traîtres.

Fannius, qu'il fit arriver au consulat, n'en profita que pour le ruiner. Jamais sa brigue ne visa plus haut que la puissance tribunitienne, alors qu'il lui aurait été facile, ou possible au moins, de cumuler cette charge avec la dignité consulaire (1).

Le propre, enfin, de tous ceux qui, à Rome, voulurent exploiter à leur profit la faveur du peuple, fut d'avilir les patriciens. Bien loin de se défier de lui, les sénateurs, pendant son premier tribunat, l'admirent à leurs délibérations et lui demandèrent fréquemment son avis : « Il est vrai, dit Plutarque, que Caïus ne conseilla jamais que des choses convenables à la dignité du Sénat. Tel fut, par exemple, le décret qu'il proposa au sujet du blé que le propréteur Fabius avait envoyé d'Espagne : avis aussi honorable que juste et qui détermina le Sénat à faire vendre ce blé, à en envoyer le montant aux villes de cette province et à réprimander Fabius de ce qu'il rendait, par ses exactions, la puissance romaine odieuse et insupportable aux peuples qu'il gouvernait (2). »

51. Il est vrai que Caïus réunit à ses autres qualités une aptitude qui jusqu'alors n'avait été le partage d'aucun des tribuns du peuple. Il fut un administrateur praticien sans pareil; et en cela, il se montra supérieur mille fois à ce qu'il fut comme politique. Quelques mois lui suffirent pour changer l'aspect de l'Italie et les conditions de l'agriculture, en construisant un grand nombre de chemins où la commodité était réunie à l'élégance. Ces voies admirables étaient, pour la plupart, tirées au cordeau, pavées de grandes pierres de taille cimentées entre elles.

Il établit des chaussées à travers les marais, jeta des ponts sur les ravins et les cours d'eau ; nivela soigneusement les voies et les divisa par milles, dont chacun était marqué par un fût en pierre. De distance en distance, aux deux côtés du chemin, il plaça d'autres pierres qui donnaient aux voyageurs la facilité de monter à cheval sans le secours de personne.

Il oubliait, dans ces travaux immenses, la lutte des deux

(1) Plutarque, *Vie de Caïus Gracchus*.
(2) Plutarque, *Eod.*

ordres, les lois proposées, la tribune qu'il occupait si bien, mais qu'il n'aimait pas; et il atteignit ainsi au milieu d'une popularité croissante, pacifique et méritée, la fin de son tribunat. Il se remit sur les rangs, fut réélu, et obtint le consulat à son indigne ami Fannius.

52. Cette élection rappela Caïus sur le Forum; il reprit ses propositions de l'année précédente, en réclamant pour tous les peuples de l'Italie non plus seulement le droit de suffrage, mais toutes les prérogatives attachées au droit de cité, en un mot l'égalité complète. Il demanda de plus l'envoi de deux colonies à Tarente et à Capoue. Apartir de sa prorogation dans le tribunat, comme le remarque justement un historien moderne peu équitable pour les Gracques, Caïus tenta de servir des intérêts contradictoires. Les sénateurs observaient avec soin les embarras de leur ennemi. Scipion avait été trouvé mort dans son lit; ils répandirent prudemment des soupçons contre Caïus, contre Sempronia sa sœur, épouse peu aimée de Scipion, et contre Cornélie. Sans prendre la peine d'étouffer la calomnie naissante, il revint à la loi agraire. « L'exécution de cette loi blesse principalement deux sortes de personnes, dit M. Michelet, les chevaliers et autres riches détenteurs des terres confisquées sur les Italiens, et les Italiens auxquels elle menace d'enlever ce qui leur reste. Caïus a cru s'attacher les chevaliers en leur donnant les jugements; il entreprend de se concilier les Italiens en leur accordant à tous le droit de cité. Ni les uns ni les autres n'en seront reconnaissants. Caïus n'est pour eux que le défenseur de la loi agraire, qui livre leurs propriétés à la populace de Rome. Celle-ci attend impatiemment les terres qui lui sont promises, et, en attendant, elle maudit celui qui lui ôte la souveraineté, en accordant le suffrage aux Italiens dont le nombre doit les tenir désormais dans la minorité et la sujétion (1). »

53. Laissons les couleurs exagérées du tableau et les malédictions imaginaires du peuple contre son idole de la veille; il est certain toutefois que son affection allait diminuant à mesure que l'ac-

(1) Michelet. *Histoire romaine*, liv. III, ch. 1er.

tion de Caïus devenait plus compliquée. Le Sénat vit bien qu'il était temps d'agir; il gagna et lâcha contre lui un de ses collègues, Livius Drusus, homme habile, qui s'attira dès l'abord la confiance, en ne proposant dont il pût retirer aucun avantage personnel; réserve à laquelle Gracchus, homme d'action, dans sa probité naïve, n'avait point songé, quand il s'était fait nommer commissaire pour l'établissement des colonies, s'était chargé lui-même de l'emploi des deniers publics et s'était attribué la plupart et les plus importantes de ces commissions. Le moyen suggéré à Drusus était sûr de réussir: il devait s'appliquer à dépasser en tout son collègue. Caïus venait de proposer l'établissement des colonies de Capoue et de Tarente, où l'on enverrait les plus honnêtes citoyens; Drusus proposa d'en établir douze, chacune de trois mille citoyens indigents. Caïus avait imposé d'une rente annuelle, en faveur du trésor public, les terres distribuées aux citoyens pauvres; il avait protégé leur vie et leur liberté individuelle contre l'arbitraire ou l'abus, en défendant de mettre à mort tout homme qui n'aurait pas été jugé suivant les formes, et en prohibant les enrôlements militaires au-dessous de dix-sept ans. Drusus déchargea les terres de toute imposition et défendit qu'on battît de verges tout soldat latin.

54. Caïus, condamné au silence, voyait chaque jour les dispositions du peuple se radoucir à l'égard de ce Sénat, dont il attaquait si âprement la tyrannie, et au nom duquel on proposait toutes ces mesures favorables.

Un autre tribun, Rubrius, mit en avant un projet qui n'était pas sans grandeur: relever Carthage et en faire une succursale maritime de Rome. On tira au sort lequel des tribuns dirigerait cette entreprise, et le sort, interrogé, répondit, non peut-être sans avoir reçu les inspirations du Sénat, que ce serait Caïus Gracchus. Partir, c'était laisser la place libre à ses ennemis. N'importe, Caïus ne vit pas le piége et prit la mer.

A son débarquement sur la côte d'Afrique, les dieux, dit Plutarque, manifestèrent par plusieurs signes funestes que cette entreprise n'était point à leur gré. La première enseigne se brisa, cédant à la violence du vent et à la résistance même de l'homme

qui la portait. Un ouragan dispersa les entrailles des victimes posées sur l'autel et les transporta hors de l'enceinte tracée pour la nouvelle ville. De pareils présages eussent troublé cruellement Tibérius, s'il eût été là; Caïus, beaucoup moins mystique que son frère, laissa les dieux lancer foudres et tempêtes, et mit la pioche aux mains des travailleurs. Carthage, détruite par Scipion, sortit de ses ruines et reçut le nom romain de Junonia. L'ouvrage une fois tracé et commencé, Caïus revint à Rome.

55. En y rentrant, il dut voir que pour lui tout était fini. S'il eût pris quelque soin de sa conservation, il se serait réfugié ou dans la vie privée ou, ce qui eût été plus sûr, dans l'exil. Pendant les quelques mois qu'avait duré son absence, ses ennemis avaient assuré leur triomphe. Lucius Opimius était consul désigné, Fannius avait démasqué sa propre trahison en accusant hautement le tribun et ses amis, parmi lesquels Fulvius, d'être les assassins de Scipion Emilien. Fulvius, caractère ténébreux et renfermé, n'était pas orateur, et n'aurait pu tenir tête aux invectives de Fannius. L'accusation prit racine, et lorsque Caïus reparut, le temps était passé où sa vigoureuse éloquence eût pu encore ramener sur lui l'estime et la popularité.

Encore tribun du peuple, il vit traîner en prison un de ces Italiens auxquels il avait si fermement promis son soutien, qui de plus était son ami personnel et son hôte, sans se sentir la force de s'y opposer.

56. Le jour des suffrages arriva ; Opimius prit possession du consulat ; Caïus Gracchus ne fut pas réélu tribun.

Opimius voulut immédiatement casser toutes les lois de Caïus. Pendant qu'il accomplissait le sacrifice aux dieux, cérémonie préliminaire obligée, un licteur insulta le peuple, et fut poignardé. C'était le prétexte que cherchait le consul. On fit au licteur des funérailles sénatoriales ; des excitateurs rappelèrent quelles avaient été celles de Tiberius. Le peuple s'indigna, et l'émeute, à laquelle poussaient les patriciens, commença. Caïus, malgré les conseils de Cornélie, devenue enfin prudente, malgré les supplications déchirantes de sa femme Licinia, qui voyait clairement quel sort l'attendait, Caïus sortit de sa maison, et

se dirigea du côté où les Romains s'assemblaient. La statue de son père se trouva sur son chemin; il s'arrêta devant l'image de cette affection lointaine et de ce souvenir, que, dans les luttes de la tribune, on leur avait si souvent jeté à la face, à son frère et à lui. Comme ses yeux s'emplissaient de larmes, il reprit sa marche et se joignit à la plèbe.

On allait en venir tout de suite à la violence, quand une pluie abondante survint, comme pour donner aux deux partis le temps de se calmer, si du côté des patriciens la haine n'eût pas été implacable. Mais leur chef, le consul Opimius, qui venait de se faire donner par le Sénat l'ordre de *pourvoir au salut de la république*, n'était pas homme à voir dans la bienfaisante intervention des éléments un de ces présages où la volonté des dieux se laissait comprendre. Combien cependant une interprétation pacifique eût été facile!

Caïus revint passer la nuit dans une maison gardée par un grand nombre de plébéiens. Le reste alla protéger l'autre chef, Fulvius Flaccus. Celui-ci ne sut pas à ce moment solennel conserver aux siens la dignité; il les enivra, et le lendemain ils allèrent, tout étourdis encore par le vin, se porter sur l'Aventin. On savait que le consul occupait le Forum avec les clients des sénateurs et une bande de soldats mercenaires, d'autant plus sûrs qu'ils étaient plus étrangers aux Romains, dont ils ne comprenaient ni le langage, ni les prétentions contraires. Caïus Gracchus conseilla à Fulvius d'envoyer aux patriciens son plus jeune fils, porteur de paroles de paix. L'enfant se présenta sur le Forum, un caducée à la main. On se saisit de lui, et la troupe d'archers crétois se rua contre la colline plébéienne.

Le peuple fut vaincu. Fulvius et son fils aîné furent saisis et massacrés. Caïus forcé de fuir gagna un pont du Tibre, entouré de quelques amis, et suivi de près par les hommes du consul. Deux fois, d'énergiques citoyens, Pomponius, Licinius, Lætorius, organisèrent rapidement la défense, d'abord à la porte Trigemina, puis au pont Sublicius (1).

(1) Pomponio amico apud portam Trigeminam, P. Lætorio in ponte Su-

Tous furent tués, mais cet obstacle avait permis à quelques-autres d'emmener Caïus dans la campagne. Arrivé dans les champs, il demanda avec instance : un cheval, un cheval ! Ce cri des fugitifs qui tiennent encore à l'espoir comme un moribond tient à la vie ; que, quinze siècles plus tard, l'histoire entend dans la plaine de Bosworth, proféré par Richard III (1), ce cri de Caïus Gracchus ne fut pas entendu. — Les vainqueurs traversaient le Tibre. Il se jeta dans le petit bois de Furina, qui se trouvait sur son chemin et se fit poignarder par un esclave, le seul homme qu'il eût près de lui.

58. Opimius, triomphant, revint sur le Forum, paya largement ceux qui lui rapportèrent la tête du petit-fils de Scipion; et termina sa victoire en faisant mettre à mort le fils de Fulvius, un enfant de quatorze ans.

Ces choses faites, il consacra un temple aux dieux, et prenant des airs de Camille, il fit inscrire sur le frontispice du monument ce mot : *Concordiæ*. A la concorde. Le ridicule fit justice de cette parodie effrontée (2). Un Romain spirituel grava pendant la nuit cette inscription difficile à traduire : *Vecordiæ opus ædem facit concordiæ*. La fureur élève ce temple à la concorde.

Un trait d'esprit châtia comme il le méritait le misérable qui osait se comparer au grand et excellent dictateur, adversaire calme du grand tribun Licinius ; lui, tout souillé encore du sang d'un enfant ; lui qui, dans un état libre, introduisit des vengeances à l'usage seulement de la plus despotique barbarie. Par ses ordres, le cadavre mutilé de Caïus alla rejoindre celui de Tibérius dans les boues du Tibre ; leurs biens furent confisqués; et, pour que rien n'y manquât, on défendit aux veuves des ré-

blicio persequentibus resistente, in Lucum Furinæ pervenit. Aurelius Victor, *de Viris illustribus*, 65.

Pomponius, quo is (Gracchus) facilius evaderet, concitatum sequentium agmen in porta Trigemina aliquandiu acerrima pugna inhibuit... Lætorius autem in ponte Sublicio constitit, et eum, donec Gracchus transiret, ardore spiritus sui sepsit. Val. Maxime. IV, 7, 2.

(1) Shakspeare. *Richard III*, act. V, scène IV.

(2) Voir M. Duruy. *Histoire romaine.*

voltés de porter le deuil (1). « Cet homme, le premier qui se fût arrogé dans le consulat la puissance dictatoriale; cet homme qui avait fait mourir, sans aucune formalité de justice, trois mille citoyens, et avec eux Caïus Gracchus et Fulvius Flaccus, celui-ci, personnage consulaire, et qui avait été honoré du triomphe, et l'autre qui l'emportait sur tous ceux de son âge par sa vertu et par sa gloire; Opimius, dis-je, ne sut pas même garder ses mains pures de tout vol: envoyé en ambassade vers Jugurtha le Numide, il se laissa corrompre par l'argent du roi. Frappé comme concussionnaire par une sentence flétrissante, il vieillit dans l'ignominie, objet de la haine et du mépris du peuple (2). »

59. Tel fut, dans ses péripéties et son dénouement, ce dramatique épisode de l'histoire de la propriété du sol chez les Romains. Au-dessous de la loi agraire, il y avait le règlement des dettes. Faute d'avoir été attaquée par le pied, la question tout entière resta debout, pleine de déceptions et de colères dans le présent, de menaces pour l'avenir. Elle n'avança pas, elle grandit seulement. D'un simple conflit d'intérêts matériels sortit une cause illustre, grâce à ces deux jeunes hommes, qui en furent l'héroïque personnification et qui, en mourant, léguèrent aux plébéiens des générations suivantes, non la solution d'un problème social, mais un grand souvenir et une popularité devant laquelle se courberont leurs adversaires les plus altiers.

La sévérité de la leçon rendit prudente et ralentit la réaction. Les grands la commencèrent par une mesure hypocritement libérale : les pauvres qui avaient reçu un lambeau de terre en partage eurent la faculté de le revendre à ceux qui l'avaient précédemment usurpé. Presque tous l'abandonnèrent pour acquitter ou diminuer leurs dettes. Les terres revinrent ainsi à leurs anciens maîtres. Un peu plus tard, une loi garantit à ces derniers la possession de ce qui avait échappé au partage, moyennant une redevance qui devait être distribuée au peuple. Caïus était mort en 121 ; en 108 on abolit la redevance. De l'œuvre des Gracques, il ne restait plus rien.

(1) Plutarque, *Vie de Caïus Gracchus* (Traduction d'Al. Pierron).
(2) Plutarque, *Vie de Caïus Gracch.*

60. La République, offensée et bravée par un chef numide, se précipita sur l'Afrique et triompha d'elle, grâce aux efforts de Caïus Marius, plébéien grossier, homme vulgaire et jaloux, politique nul, général éminent. Pendant que Rome entière s'intéressait aux courses de ses légions poursuivant Jugurtha dans les sables, son attention fut rappelée vers le nord par l'arrivée de hordes immenses qui, reculant devant un débordement des mers septentrionales, venaient, chose étrange, répéter aux propriétaires romains la demande des prolétaires du Forum ou des pauvres colons italiens : « De la terre, donnez-nous de la terre. » Un consul, Papirius Carbon, courut au-devant d'eux et se fit battre. Un peu plus tard, ils s'avancèrent encore et trouvèrent sur leur passage le consul Silanus : « Donne-nous des terres, lui dirent-ils, et nous ferons pour la République toutes les guerres qu'elle nous demandera. » « Rome, répondit Silanus, n'a ni terres à donner ni services à demander. » Puis il passa le Rhône et se fit battre. Manlius, Cépion lui succédèrent et eurent le même sort (6 octobre 105). Le danger devenait terrible; six armées romaines venaient d'y passer; on appela Marius.

61. L'invasion était divisée en deux groupes principaux : celui des Cimbres ou Kimris et celui des Teutons (Deutsch, Teutsch). Marius déjà élu consul pendant la guerre d'Afrique, mit à triompher de ces peuples du Nord quatre années, pendant lesquelles quatre consulats consécutifs lui furent décernés. Les Cimbres s'étaient séparés des Teutons. Ceux-ci descendirent dans la Transalpine, en suivant le cours du Rhône. Marius se porta à leur rencontre, les trouva près d'Aix, et en deux batailles livrées à deux jours de distance, les extermina.

Les Cimbres avaient passé les Alpes et couvraient la Cisalpine, Marius y courut. Ils lui envoyèrent des députés avec cette éternelle parole : « Donne-nous des terres, pour nous et nos frères les Teutons. »

Le rude général leur répondit par une terrible plaisanterie : « Allez, ne nous occupons pas de vos frères; ils ont la terre que nous leur avons donnée et qu'ils conserveront à jamais. »

On se battit près de Verceil, et les Cimbres eurent le sort des Teutons (102).

Marius, consul pour la sixième fois, revint à Rome.

62. Un tribun, Marcius Philippus, entrevoyant dans l'agrandissement de Marius une revanche possible pour la plèbe, proposa une loi agraire (103). Il était trop tôt encore; elle fut rejetée.

Deux ans plus tard une tentative nouvelle se produisit, avec l'assentiment et les encouragements du consul, de Marius. Ce ne fut qu'une misérable émeute. A la tête se trouvait le tribun Saturninus, homme doué d'un talent oratoire désordonné, mais puissant, caractère méprisable, tête ardente, cerveau à peu près détraqué, *pæne demens*, dit Cicéron. A côté de lui étaient un sénateur, Glaucia, qui avait autrefois poussé Opimius contre les plébéiens, et un certain Equitius, drôle qui voulait se faire passer pour le fils de Tiberius Gracchus, et qui contraignit Sempronia de venir sur le Forum pour le reconnaître publiquement membre de la famille. La veuve de Caïus refusa.

C'est pitié de voir par quels hommes l'œuvre des Gracques fut de nouveau reprise.

Saturninus demanda un nouveau tribunat; son rival Nonnius l'emporta. Il est aussitôt assommé; puis le lendemain, avant que le peuple n'ait pu se rassembler, Saturninus se fait proclamer tribun par quelques amis.

Un autre jour, pendant qu'il déclamait à la tribune sur les Gracques, les terres, les Italiens et les étrangers, il aperçut son ami, le préteur Glaucia, qui continuait à rendre la justice sans faire attention à lui. Saturninus cria que c'était manquer de respect à la puissance tribunitienne, et qu'il eût à s'interrompre. Glaucia n'en tint pas compte et poursuivit l'expédition des affaires. Le tribun, furieux, se précipita sur le tribunal, bouscula le préteur et mit en pièces la chaise curule.

Après une année passée à accomplir ces belles choses et à persécuter Metellus, un des plus honnêtes sénateurs, arriva le jour des comices. Saturninus voulut être réélu tribun. Glaucia voulut être consul. Les suffrages unanimes désignèrent d'abord le grand orateur Marc Antoine; et Memmius, autre citoyen honorable,

allait obtenir la seconde place, quand la bande de Saturninus et de Glaucia se rua sur lui et l'égorgea.

C'en était trop. Le peuple s'indigna; le Sénat lança l'ordre aux consuls; et force fut à Marius, qui poussait ces fous et ces criminels, de les châtier. Assiégés sur le Capitole, ils furent tués à coups de pierre.

Une seule chose est à remarquer dans cette cohue d'une année. Jusqu'alors les propositions de lois agraires avaient été faites en faveur des citoyens pauvres, sans distinguer leur profession. Ici, nous entendons le général souffler le tribun. La loi agraire proposée revenait à l'établissement de colonies dont les terres seraient partagées seulement aux soldats de Marius; ces colonies militaires, il est vrai, devaient être fondées loin de Rome, dans l'Italie du Nord et dans l'Afrique. Essai timide encore d'un système qui sera bientôt pratiqué en grand (100).

63. Neuf années se passent remplies par des événements étrangers à cette étude et surtout par les progrès d'un ancien officier aux ordres de Marius, qui deviendra son adversaire et son vainqueur.

En l'an 91, l'Italie tout entière remua sourdement, agitée de je ne sais quelle inquiétude. Un mouvement vers Rome se préparait de toutes parts. La ville même se divisait de plus en plus; les sénateurs et les chevaliers s'irritèrent les uns contre les autres: ceux-ci voulaient conserver une portion du pouvoir judiciaire, dont ceux-là redemandaient le monopole. La plèbe voulait de la terre.

Un homme honnête et courageux n'eut pas peur de reprendre l'œuvre périlleuse de ses prédécesseurs.

Le tribun Livius Drusus était fils de ce Drusus qui fit tomber le second des Gracques. Un grand nombre d'historiens le représentent comme le continuateur et l'imitateur tout à la fois de son père et du fils de Cornélie. Cette double comparaison ne paraît pas équitable. Il fit avec désintéressement et sincérité ce que son père n'entreprit que sous l'influence dorée des sénateurs. Caïus Gracchus voulait une lutte, sinon une guerre, pour arriver à la victoire d'un ordre sur un autre; Drusus, au

contraire, tendit à la conciliation par des voies qu'il s'efforça de rendre pacifiques.

Les sénateurs se plaignaient amèrement de ce qu'on avait partagé les magistratures judiciaires entre eux et les chevaliers. Drusus les rendit exclusivement aux premiers. Et, pour ne pas mécontenter l'ordre équestre, il fit entrer au Sénat trois cents de ses membres.

La plèbe romaine gémissait avec colère sous la misère qui l'accablait. Elle demandait du pain. Drusus lui promit des champs et projeta une loi agraire qui s'exécuterait en Italie et en Sicile.

Les Italiens, souvent sacrifiés, toujours négligés, demandaient à devenir en tout les égaux des promeneurs du Forum. Drusus fit une loi qui leur assurait le droit de cité.

64. Restait à faire adopter ces *rogations*. Le tribun, voulant satisfaire tous les partis, était combattu par presque tous. Le Sénat refusait l'admission des chevaliers. Les chevaliers étaient furieux d'avoir perdu leurs influentes fonctions de juges. Les Etrusques et les Ombriens, menacés de l'invasion des colons, dont l'établissement se ferait à leur dépens, se souciaient peu maintenant du droit de cité.

La plèbe hésitait, préférant déjà le pain cuit et gratuit à la terre et au travail.

Le point d'appui de Drusus était dans toutes les provinces, sauf dans l'Etrurie et l'Ombrie. Comme le jour du vote des lois approchait, plusieurs groupes de populations rurales se réunirent, et vinrent vers Rome prêts à soutenir le tribun de leur présence et de leurs armes. Un consulaire, Domitius, les rencontra, les harangua, leur fit de belles promesses et les détermina à retourner chacun chez soi.

A Rome, le consul combattait Drusus. On conspira contre sa vie. Drusus en eut connaissance, répudia la complicité par le silence ; fit avertir le consul ; et ainsi le sauva.

Les lois passèrent. La rentrée des sénateurs dans les charges de justice fut ce qu'on put réaliser le plus tôt. La façon dont ils en usèrent, souleva tout d'abord les colères. Les chevaliers allaient être voués au rôle de victimes. Au milieu de cette

agitation, et avant que ses promesses aux plébéiens et aux Italiens ne fussent réalisées, Drusus fut assassiné par un sicaire adroit, qui donna son coup de couteau et disparut dans la foule.

Il en fut fait des lois de Drusus comme de celles des Gracques. Seulement on alla plus vite. Le consul Philippe les fit abroger en bloc (91) par une loi. Ce ne fut pas tout profit pour le Sénat : les chevaliers reprirent dans les tribunaux la place et le pouvoir que le tribun leur avait enlevés.

Donner l'abolition de cette loi agraire comme l'unique cause de la terrible révolution qui s'ensuivit, serait se laisser aveugler par son sujet. Il faut remarquer cependant la soudaineté unanime, avec laquelle l'Italie se souleva autour du cadavre non encore refroidi de Drusus.

65. Cette grande lutte renaissante se divise en deux périodes : guerre sociale, guerre civile.

D'abord Rome entière se défend avec unité, mais avec mollesse. Marius, qui l'avait sauvée des Barbares, n'est plus qu'indécision et froideur. Le paysan italien fait hésiter en lui le général romain. Las de ce rôle équivoque, il laisse le commandement, prétextant une maladie de nerfs, la dernière qui devait affliger son épais et robuste tempérament.

Sylla le prend au mot, le remplace ; et finit la guerre. Rome encore une fois avait triomphé de l'Italie. La guerre sociale était finie.

Le pillage organisé de l'Orient par les financiers romains mériterait une histoire spéciale. Mithridate se lève pour délivrer l'Asie de ses spoliateurs. Belle guerre à conduire pour un général romain ; il y trouverait à coup sûr victoire et richesse. Sylla, vainqueur de l'Italie, la réclame. Marius bien vite se déclare guéri de ses invraisemblables maux de nerfs, et la veut pour lui.

De là la guerre civile.

On sait le reste : les massacres de Marius, maître de Rome pendant cinq jours ; sa retraite, ses romanesques aventures, l'arrivée et le triomphe définitif de Sylla.

66. Ce fut le tour du Sénat. L'ordre équestre fut violemment dépouillé. Les biens des chevaliers, produit de l'usure; leurs domaines admirables, lentement arrachés aux débiteurs plébéiens, passèrent aux soldats, aux généraux, aux sénateurs. De vastes territoires furent dépeuplés pour faire place aux légions de Sylla. L'Étrurie surtout qui, jusqu'alors, s'était assez bien gardée des colonies et des lois agraires, le seul pays qui fût généralement cultivé par des mains libres, devint la proie des soldats du vainqueur. Le système essayé sans succès par Saturninus au profit des légionnaires de Marius fut consacré à l'avantage de ceux de Sylla.

Les objections toujours opposées aux lois agraires : que les droits établis sur les immeubles à partager étaient anciens et difficiles à démêler, que la possession avait créé des titres et servi de base à des transactions faites de bonne foi, toutes ces raisons, tant invoquées autrefois, furent tenues pour rien, personne n'osa les formuler, et le bouleversement des fortunes s'accomplit au soleil sous la présidence de cet homme, qui avait en lui du lion et du renard, suivant le mot d'un contemporain : « Le nombre des victimes sacrifiées à la haine ou à la colère n'égala pas à beaucoup près le nombre de ceux que firent égorger leurs richesses. Aussi les assassins eux-mêmes pouvaient-ils dire : « Celui-ci c'est sa belle maison qui l'a fait périr; celui-là son jardin; cet autre ses eaux thermales. » Quintus Aurélius, homme qui ne se mêlait de rien et qui ne craignait pas d'avoir d'autre part aux malheurs publics que la compassion qu'il portait aux infortunes d'autrui, étant allé au Forum, se mit à lire les noms des proscrits, et il y trouva le sien. Malheureux, que je suis! s'écria-t-il, mon domaine d'Albe me fait mourir. Il eut à peine fait quelques pas qu'un homme courut à sa poursuite et l'égorgea (1). « Sylla rendit Rome si pauvre, épuisa si bien le trésor qu'il fut réduit à vendre à prix d'argent aux villes amies et alliées des Romains leur indépendance et le droit de se gouverner par leurs lois. Il confisquait et vendait chaque jour à

(1) Plutarque. *Vie de Sylla* (traduction Pierron).

l'encan les biens des familles les plus riches et les plus puissantes. Il faisait à ses flatteurs des prodigalités immenses. Un jour, à la vue de tous, environné du peuple, il adjuge à vil prix à un de ses amis les biens d'une famille opulente qu'il faisait vendre. Quelqu'un y ayant mis une enchère que le crieur annonça, il en fut très-mécontent : « C'est une indignité, chers concitoyens, dit-il, c'est une vraie tyrannie qu'il ne me soit pas permis de disposer comme il me plaît des dépouilles qui m'appartiennent (1). »

67. Sylla mourut laissant l'Italie épuisée (78). La terre n'avait plus de valeur, n'ayant plus ni sûreté, ni fécondité. Le blé qui nourrissait l'Italie venait d'Asie et d'Afrique. Les pirates seuls, sans lien entre eux, sans direction, sans discipline, s'emparèrent de la Méditerranée. La patrie des Gracques périssait de faim; l'agriculture était morte. Un de ces hommes, dont la pléiade illustre devait couvrir d'éclat et de grandeur la chute de la République, Pompée, fut envoyé contre eux, les réduisit, et rendit au peuple sa subsistance (67).

(1) PLUTARQUE. *Comparaison de Lysandre et de Sylla* (traduction Alexis PIERRON).

CHAPITRE TROISIÈME.

ORIGINES HISTORIQUES : DEUXIÈME PÉRIODE (SUITE). CICÉRON ET CÉSAR.

68. A Rome, de grands noms et de grands caractères surgissaient.

Caton représentait avec obstination la cause de la liberté aristocratique, de la prééminence du Sénat et de Rome.

Cicéron arrivait au consulat.

César, du fond de ses élégantes débauches, les combattait vivement tous les deux. Surexcité par l'ambition et la jalousie, il refaisait à Saturninus, à Glaucia, aux plus indignes, une popularité rétrospective. L'Italie, toujours remuant, toujours souffrant, était prête à répondre au premier appel. Le sénateur Catilina, un misérable de la pire espèce, dont la réhabilitation n'a pu que servir de thème à la verve plus spirituelle encore que paradoxale d'un ingénieux historien (1), tenta de se mettre à la tête du mouvement et faillit recommencer la guerre sociale.

Cicéron sauva Rome.

Ce fut la grande affaire politique de son gouvernement.

Il en est une autre, trop négligée par ses biographes, qui lui fut encore suscitée par César, et sur laquelle nous devons nous arrêter quelque peu.

69. En 62, les tribuns désignés, à la tête desquels se trouvait un ami de César, Rullus, laissèrent savoir qu'ils préparaient pour le temps de leur magistrature une loi importante sur le partage des terres (2).

Cicéron, alors consul désigné, essaya de connaître les dispo-

(1) M. Mérimée.

(2) M. de Savigny nomme la loi de Rullus une loi injuste. *Traité de la Possession*, § 61, notes.

sitions de cette loi qu'il aurait à appuyer ou à combattre pendant son consulat. Il témoigna le désir d'assister aux réunions particulières des futurs tribuns. Ceux-ci refusèrent de l'admettre parmi eux, et continuèrent leur préparation législative, avec la collaboration de personnages importants, parmi lesquels se trouvaient un certain nombre de sénateurs.

Aux kalendes de janvier, dès les premiers jours de son entrée en charge, le collége des tribuns, par l'organe de Rullus, présenta au peuple le projet de loi.

Voici quelle en était la substance:

Dix commissaires seraient élus par dix-sept tribus tirées au sort. La présidence serait réservée à l'auteur de la loi.

Ces décemvirs seraient chargés de vendre les domaines de la République, ainsi que les terres confisquées par Sylla.

Ils auraient qualité pour recevoir l'argent que les généraux d'armée, dans leurs expéditions, avaient recueilli et qu'ils n'avaient pas encore déposé au trésor public.

L'emploi de ces sommes était ainsi réglé: des terres seraient achetées et distribuées aux citoyens pauvres.

Des colonies nouvelles seraient créées et peuplées au gré des décemvirs; chacun d'eux pouvant choisir parmi les plébéiens cinq cents colons.

Les décemvirs seraient investis d'un pouvoir absolu pour une durée de cinq ans; ils auraient la puissance exécutive; eux seuls prendraient les augures.

Cette rédaction, comme on le voit, était prévoyante dans le choix des moyens. Elle assurait le triomphe de l'entreprise contre les agitations de la liberté qu'elle suspendait, contre les menées du Sénat dont elle détruisait la puissance, et contre l'intervention du pouvoir religieux dont elle prétendait conduire les inspirations.

70. Cicéron ne connut pas officiellement cette loi. Des scribes, envoyés par lui, la recueillirent et la lui rapportèrent.

Il crut devoir la combattre, et aussitôt se mit à l'œuvre. Le premier coup fut porté dans l'enceinte du Sénat. Tout l'avantage était au consul; aussi, ne se donna-t-il pas grand'peine pour lutter contre un projet, que ses auditeurs repoussaient plus éner-

giquement que lui. Ce premier discours, bref, élégant, plein de moquerie retenue, n'est, à vrai dire, que le plan et l'ébauche de la harangue à toutes volées qu'il se promettait de tenir au peuple. Il est pourtant un passage qu'il faut relever pour faire connaître la connivence peu honnête de Cicéron et des sénateurs. Dès longtemps une guerre était pour un général une bonne affaire; il prenait, pillait et, malgré les lois, gardait tout pour lui. Rullus voulut que le peuple profitât des dépouilles prises sur l'ennemi et, dans sa loi, introduisit cette disposition qui contraignait les généraux et leurs héritiers à rendre tout ce qu'ils avaient conservé en fraude des droits du peuple. Heureusement pour Cicéron, ce cas était celui d'un grand nombre de sénateurs. On sent qu'une longue réfutation était superflue; un cri d'alarme suffisait : « Écoutez, écoutez, vous qui, par un choix honorable du Sénat « et du peuple, avez commandé des armées, avez soutenu des « guerres : quiconque a reçu et recevra quelque partie du butin, « des dépouilles, de l'or coronaire, laquelle n'aura pas été em- « ployée en monuments publics, ni remise au trésor, la loi lui « ordonne de la remettre aux décemvirs. Ils espèrent de ce seul « article bien des avantages; ils se préparent à inquiéter tous « les généraux et leurs héritiers; ils se flattent surtout de tirer « de Faustus des sommes immenses (1). »

Or, ce personnage que Cicéron met sous sa protection spéciale, quel est-il donc? C'est le propre fils de Sylla, accusé déjà devant un préteur (66), pour l'argent du trésor qu'il avait entre les mains, *de pecuniis residuis*. Les juges refusèrent de prononcer, sous prétexte que la partie n'était pas égale; et le fils du dictateur, en vertu de ce beau principe, put conserver le bien du peuple (2).

Les auditeurs de Cicéron furent vivement touchés de cet argument et de cet exemple; et à tel point que l'orateur trouva inutile de mentionner les raisons d'intérêt et d'utilité générales.

Bientôt l'approbation unanime de l'auditoire rendit presque

(1) *De lege agraria*, orat. I, cap. V.
(2) V. Cicéron, *Pro Cluentio*, ch. 34.

ridicules les efforts de l'orateur pour persuader des esprits si bien convaincus. Le consul se tut donc, sortit du temple, vint au Forum, où le grand coup devait être porté, et prit place à la tribune.

71. Les vieux Rocher impassibles avaient entendu, pendant leur existence quatre fois séculaire, bien des discours, où la vérité était rudement maltraitée; mais ce jour-là ils durent frémir d'admiration et de colère, car, jamais peut-être, ils n'avaient servi de piédestal à une erreur manquée avec autant d'habileté, drapée avec autant de magnificence. Qu'on étudie l'histoire de la possession du sol dans la société romaine, qu'on relise de sang-froid cette harangue sans pareille, et puis qu'on dise si le sentiment qui naît au fond de l'âme n'est pas une impatience sévère contre ces fictions inextricables de paroles, où le talent noie sans pitié le bon sens.

La disposition du discours est simple : au commencement, un exorde plein d'adresse, où la dignité de l'orateur et celle de son ordre sont sacrifiées; un long échelonnement de raisons traînant derrière elles leurs périodes, leurs développements, leurs exclamations, leurs images, leurs figures oratoires de toute catégorie : entre chacun de ces arguments, un thème appelé à l'adhésion, revenant par intervalles comme un refrain passionnant pour émouvoir les esprits, les reposer des recherches de la discussion, agiter l'attention, empêcher de saisir la fausseté du dernier sophisme et le mieux préparer à admettre le sophisme qui va suivre. Ce refrain, c'est l'éloge des Gracques, l'éloge de Pompée, la glorification de la liberté. A la fin, une péroraison pleine de fermeté, de défis, de vanteries personnelles.

72. Cicéron trace un tableau de la république au moment où les suffrages le désignèrent au consulat. Les couleurs sombres sont largement prodiguées pour servir de repoussoir aux brillants services, que le consul a rendus, ou qu'il rendra. Un éloge sans mesure des Gracques lui conville les plébéiens qui l'entourent. Il commence l'exposition et l'examen de la loi de Rullus.

Le premier reproche adressé à la loi, c'est qu'elle est arbitraire

et hypocrite. Le mode d'élection des décemvirs est une offense au peuple. Pourquoi n'appeler que dix-sept tribus, au lieu de trente-cinq, pourquoi en exclure dix-huit du droit de suffrage ?

Puis, Rullus se réserve la présidence des comices, pourquoi ? Pour fausser les suffrages, sans nul doute.

La loi exclut des charges décemvirales les citoyens absents de Rome. Pompée est en Asie ; donc la loi est dirigée contre Pompée. De là un hymne à Pompée : « Considérez, Romains, la « politique de Rullus, si toutefois vous croyez que Rullus ait été « capable de l'imaginer. (Allusion à César.) Ils ont vu les auteurs « de cette manœuvre, que si vous étiez libres de choisir entre « tout le peuple, vous n'hésiteriez pas de mettre Pompée à la « tête de toute opération qui demanderait du zèle, de l'intégrité, « du courage, un nom respecté..... La loi n'exclut pas même « les accusés, elle exclut Cn. Pompée. Elle ne veut pas qu'il « puisse être décemvir avec Rullus, pour ne parler que de lui « et taire tous les autres ! (Seconde allusion à César.) ..... C'est « que Rullus a craint que si Pompée était présent, la loi ne pût « être portée, ou que, si elle était reçue, vous ne lui donniez « pour collègue un homme qui observerait et réprimerait ses « entreprises. »

73. Cette corde habilement touchée avait vibré. L'émotion sympathique qu'il inspire fournit à Cicéron une transition : « Romains, puisque je vous vois vivement touchés, et du nom « d'un illustre personnage, et de l'injure que lui fait cette loi, « je répéterai ce que j'ai dit au commencement : on veut établir « la tyrannie, on veut ruiner votre liberté. » A l'appui de cette proposition, vraie en soi, mais exagérée, se déroule un examen technique et détaillé du mode d'élection. Rullus, tribun, paralyse la puissance tribunitienne et la confisque au profit des décemvirs (1).

L'indignation de l'orateur s'accroît quand il en arrive aux honneurs, à l'appareil militaire et magistral, promis aux dix futurs commissaires. Rullus répondait que ces honneurs n'étaient

(1) Ch. 12.

autre chose que ce qui avait été réservé par les Gracques pour les exécuteurs de la loi Sempronia. — « Les Gracques ! La loi « Sempronia ! Et tu oses, Rullus, parler de la loi Sempronia ! Et « cette loi même ne te rappelle pas que les triumvirs ont été « créés par les suffrages des trente-cinq tribus ! Toi qui res- « sembles si peu pour l'équité et l'honneur à Tiberius Gracchus, « prétends-tu donc que tes magistrats, élus si différemment, « doivent avoir les mêmes droits ? (1) »

Voilà ce qu'on appelle rétorquer l'argument.

74. Passons. La loi est encore mauvaise en ce qu'elle ne spécifie pas assez les terres que l'on vendra. Elle est conçue de telle façon que le pouvoir dictatorial des décemvirs s'étendra sur chaque parcelle du monde romain. Ici, Pompée est de nouveau mis en scène. Et de quelle mordante ironie ce fragment n'est-il pas saturé ? Rullus est d'abord dépeint remontant vers l'Orient, et vendant, vendant, vendant tout sur son passage. « Avant que « d'arriver dans le Pont, il écrira sans doute à Pompée une « lettre dont, je pense, ils ont déjà composé le modèle : « Publius « Servilius Rullus, tribun du peuple, décemvir, à Cnéus Pompée, « salut ! » Il se gardera bien, j'imagine, de lui donner le titre de « grand, après s'être efforcé de le lui ôter par sa loi. « Je te fais « savoir, lui dira-t-il, que tu aies à te rendre immédiatement à « Sinope et à m'amener une garde suffisante pour que je vende, « en vertu de la loi, les terres que tu as conquises par tes « armes. » N'admettra-t-il point Pompée à cette vente ? Osera-t-il « vendre jusqu'aux trophées du général, au milieu de ses con- « quêtes ? Figurez-vous Rullus, dans le Pont, avec les arpenteurs « qui forment son aimable cortége, plantant une pique entre « votre camp et celui des ennemis, et faisant sa vente au milieu « des deux armées. »

75. L'auditoire était conquis par ces dithyrambes, tour à tour plaisants et enthousiastes, en l'honneur du héros dont l'éloignement grandissait la juste popularité. Cicéron se sent assez maître de ceux qui l'écoutent pour plonger jusqu'au fond du paradoxe.

(1) Ch. 12.

Les dispositions les plus louables de la loi, celles qui assurent respect et tranquillité aux droits acquis, ne trouvent pas grâce devant son éloquence déchaînée.

Le tribun déclare que les achats se feront à l'amiable, que personne ne sera forcé de vendre. Chose étrange, Cicéron s'en irrite : « Cette méthode de ne rien prendre malgré les propriétaires sera, en effet, plus lucrative : on trouvera ainsi le moyen « de trafiquer de vos deniers et l'on n'achètera des terres que « quand ce sera en même temps l'intérêt de l'acquéreur et du « vendeur (1). »

Quand on vendrait les terres publiques, s'il arrivait qu'on rencontrât une possession établie, il était décidé qu'on indemniserait celui qu'on serait contraint de déposséder. Cette mesure excellente, qui devait prévenir toute récrimination irritante, et donner à la possession future un titre inattaquable, qui écartait l'éternelle objection opposée aux lois agraires, cette mesure est encore repoussée par Cicéron : « Voyez, Romains, une des « merveilles de cette loi; ceux qui possèdent des terres faisant « partie de nos domaines, seront traités avantageusement et ne « les abandonneront qu'à prix d'or. Tout est maintenant changé. « Autrefois, lorsqu'un tribun du peuple parlait de loi agraire, « aussitôt, ceux qui se trouvaient saisis de quelque partie de nos « domaines ou de possessions odieuses, étaient en alarme. La « nouvelle loi apporte de l'argent à ces mêmes hommes et les « décharge de tout l'odieux (2). »

76. Et puis arrive le grand argument qui domine la dernière partie de cette terrible oraison. Il consiste tout entier dans la glorification de la propriété collective aux dépens de la propriété individuelle. Saisissant l'opération projetée, Cicéron la disloque et la dénature en la reproduisant incomplétement. Son procédé rappelle l'acte de ce sculpteur jaloux qui, pour triompher de l'admiration excitée par son rival, brisa son œuvre à coups de marteau, prit chacun des morceaux et prouva clairement, pièce

(1) Ch. 25.
(2) Ch. 26.

par pièce, que ce qu'on louait si fort n'était, à le bien voir, qu'un amas de cailloux informes.

Il répète d'abord sur tous les tons que le peuple romain est présentement propriétaire et que la vente des biens du peuple, c'est la spoliation du peuple.

77. Écoutons l'interminable énumération à laquelle il s'abandonne :

« Les domaines immenses qui sont à vous, la Bithynie, avec « ses campagnes, ses villes, ses arsenaux de marine, ses « ports (1)... et Mitylène, qui est à vous sans contredit par les « lois de la guerre et le droit de la victoire... et Alexandrie avec « toute l'Egypte (2)... Attalie, Olympe, Phasèle, le territoire « d'Aggère, d'Orinde, de Géduse...; dans la Macédonie, les an- « ciennes possessions de Philippe et de Persée...; en Espagne, « les terres près de la nouvelle Carthage; en Afrique, l'ancienne « Carthage elle-même...; les domaines qu'avait Mithridate dans « la Paphlagonie, dans le Pont, dans la Cappadoce (3)...; le « territoire d'Albe, celui de Sétia, de Priverne, de Fondi, de « Vescia, de Falerne, de Linterne, de Cumes, de Casinum...; « du côté opposé, celui de Capène, de Falisque, des Sabins, de « Réate, de Venafre, d'Alifa de Trebule (4)...; toutes ces terres « qui sont votre bien, votre fortune, votre patrimoine, votre « propriété; ces terres qui font la grandeur et la majesté de « votre empire, tout cela sera affiché et vendu à l'encan par les « décemvirs!... La Campanie, ce domaine que vous regardez « maintenant avec complaisance en disant qu'il est à vous, et « que les étrangers admirent en apprenant que vous en êtes les « maîtres, ne vous appartiendra plus; *une fois distribué, on ne « dira plus qu'il est à vous...* Vous qui avez reçu de vos ancêtres « ce superbe territoire, siége d'un revenu assuré, fruit de leurs « conquêtes, il ne vous restera pas un seul pouce de terrain des

(1) Cap. 15.
(2) Cap. 16.
(3) Cap. 19.
(4) Cap, 25.

« possessions de vos pères et de vos aïeux ; vous aurez été moins « attentifs à les conserver que de simples particuliers (1)... « Vous dites maintenant de vos ancêtres : Nos ancêtres nous ont « laissé ce domaine ; vos descendants diront de vous : Nos pères « ont perdu le domaine que leurs pères leur avaient laissé (2). »

78. Continuer plus longtemps sur ce ton eût été par trop imprudent ; c'eût été donner à l'auditoire le temps de se reconnaître, et la réponse à ce fantôme d'objection eût envahi tous les esprits. Cicéron juge qu'il est temps d'avancer et reprend :

« Rullus me dira qu'avec l'argent produit par la vente de ces « biens publics, on achètera des terres qui seront distri- « buées. »

Eh oui ! en effet, Rullus te disait cela, ô orateur, mais quand tu n'avais pas pour toi la raison, n'avais-tu pas sur toi des raisons, des comparaisons toujours prêtes ? Et quelles comparaisons, Dieux immortels !

« Pour moi, citoyens, je le pense, si l'on partageait le Champ- « de-Mars, et que l'on donnât à chacun de vous une place de « deux pieds, vous aimeriez mieux jouir du terrain entier, tous « en commun, que d'une petite portion, chacun en propre. « Ainsi quand il vous reviendrait à chacun une portion du ter- « ritoire qu'on vous promet et qu'on donnera à d'autres, il y « aurait plus d'honneur à le posséder tous ensemble que chacun « en particulier. »

Si Périclès ou Demosthène avaient risqué un pareil raisonnement, devant les Athéniens, quelles huées moqueuses se seraient élevées, au réjouissant tableau de cette foule de citoyens parqués chacun dans un terrain de deux pieds carrés, comme des arbustes dans une pépinière. Mais Cicéron, était au Forum, non à l'Agora ; il connaissait son monde ; et, sans parler du grand nombre des assistants qui n'entendaient qu'imparfaitement le latin, le Romain, sensé d'ailleurs, était quelque peu lent et épais de sa nature. La vérité le saisissait, mais il lui

(1) Cap. 30.
(2) Cap. 31.

fallait du temps pour apprécier l'erreur spécieusement présentée, et pour se la réfuter intérieurement à lui-même.

79. L'intelligence des Quirites n'en était encore qu'à l'ébahissement, que la harangue, suivant son cours, avait déjà roulé mille choses nouvelles. C'était la fin, un grand coup était nécessaire, et les scrupules n'étaient pas de saison. Cicéron fait résolûment appel aux vices du peuple entier, comme aux vices des individus. Il oppose Rome à l'Italie, il représente le projet de Rullus comme devant amener la ruine de Rome en créant la prospérité des campagnes et des autres villes. Du temps des anciens Romains, il y avait au monde trois cités: Carthage, Corinthe et Capoue. La première, ils la détruisirent, *Delata Carthago est.* Ils ont à peine laissé quelque trace de la seconde, *Corinthi vestigium vix relictum est*, et la troisième, Capoue, grâce à eux, ce n'est plus une ville, c'est un marché (1). *Nundinas rusticorum, cellam atque horreum Campani agri esse voluerunt.* C'étaient là des sages. Mais Rullus agit d'autre sorte. Il veut rendre Capoue vivante et prospère (2); il veut l'entourer de colons qui s'enrichiront dans les plaines fertiles de la Campanie et deviendront orgueilleux et insolents (3). « Gardez-« vous donc, Romains, d'écouter ce traître. »

Transcrivons aussi ce dernier et triste conseil :

« Pour vous, Romains, si vous voulez m'en croire, vous gar-« derez ce que vous avez, le pouvoir, la liberté, les suffrages, la « majesté de la ville, le Forum, les jeux, les jours de fête et vos « autres avantages. » *Vos vero, Quirites, si me audire vultis, retinete istam possessionem gratiæ, libertatis, suffragiorum dignitatis, urbis, Fori, ludorum, festorum dierum, ceterorum omnium commodorum* (4).

80. Profiter d'un antagonisme politique pour l'envenimer, c'était déjà une faute grave, dont un homme d'état complet se serait détourné. Mais, pour combattre une loi qui pou-

(1) Cap. 32.
(2) Cap. 34.
(3) Cap. 35.
(4) Cap. 27.

vait contenir bien des illusions, dont le but cependant était de métamorphoser ces plébéiens condamnés à la misère et à l'oisiveté, en agriculteurs laborieux ; pour étouffer cette tentative, descendre jusqu'à glorifier la fainéantise comme un élément de la majesté romaine, presque de la dignité humaine, n'était-ce pas là faire un abus cynique de son auditoire, de son génie et de son art ? L'éloquent champion de la liberté, celui qui devait en être le martyr, dévançait, avançait peut-être d'un siècle les destinées de la République, en détournant le peuple des travaux honnêtes et profitables de l'agriculture, pour le retenir dans cette ville où il trouvera toujours des distributions de vivres et des jeux. Ce discours contient l'étymologie morale du cri fameux dont retentira l'époque suivante : *panem et circenses !*

82. Il n'était pas besoin d'être un demi-dieu de la parole pour démolir pierre à pierre un tel monument oratoire, savamment étayé, mais dépourvu de ciment et de fondations. Le génie a cela de commun avec la force brutale, qu'il s'impose et fait taire tout ce qui le contrarie, le droit, la raison, le sens commun. Rullus, intimidé, subjugué, se tut. Qui peut dire, cependant, ce qui serait advenu, s'il eût trouvé l'énergie d'une protestation immédiate, d'une réponse en face, s'il se fût levé et qu'il eût dit :

« Nous te laissons pour toi, consul, les injures que tu prodigues à des hommes dont tout le crime est de chercher sincèrement le remède au plus ancien mal de la société romaine.

Quels sont les reproches que tu nous fais ? Notre mode d'élection ? La présidence des comices réservée au promoteur de la loi ? — Comme si c'était là chose nouvelle ; comme si cela n'était pas de tradition constante sur le Forum ; comme si tu ne savais pas que toujours les dernières tribus sont exclues de fait, et que les pontifes ne sont jamais élus autrement que ne le seront nos décemvirs (1).

Qu'est-ce encore ? L'exclusion de Pompée ! du grand Pompée, que tu nous reproches d'écarter en exigeant la présence des candidats dans la ville ! Qui peut s'en étonner ? Pompée, général,

(1) Voir Dézobry. *Rome au siècle d'Auguste*. tom. II. p. 3

a des intérêts inconciliables avec ceux qu'aurait Pompée décemvir. Et d'ailleurs, qu'il satisfasse à cette disposition de notre loi, conforme encore à la coutume des ancêtres dans l'élection des magistrats ; qu'il vienne à Rome, et nos prétendues intrigues seront déjouées, et l'amour du peuple le désignera par acclamation, et son honnêteté tant vantée sera la garantie du peuple. La gloire de présider à la repopulation du monde romain vaudra bien, pour lui, la gloire de vaincre quelques misérables peuplades du Caucase !

82. Mais les décemvirs auront un pouvoir immense ; ils seront entourés d'honneurs ! Cela t'émeut, ô consul. Mais les décemvirs devront compte de leurs opérations au peuple. Il est vrai, ils ne vous en devront aucun compte à vous, magistrats, dont l'administration inepte prépare les voies au despotisme en augmentant la misère de la foule.

Nos décemvirs seront chargés de recueillir l'argent du peuple, conquis par le peuple, que votre obligeance consulaire laisse aux mains des généraux qui le gardent, comme Lucullus, comme Crassus, dont tu ne parles pas ; comme ce Faustus Sylla, dont tu as entretenu le Sénat.

Nos décemvirs seront entourés d'un appareil semblable à celui des exécuteurs de la loi Sempronia, dont l'éloge n'est pour toi qu'un grossier procédé oratoire, avec une différence toutefois, c'est que les Gracques, irrités, n'admirent, dans leur tentative, de surveillants d'aucune sorte, tandis que chacun de nous aura un entourage nombreux, composé de chevaliers, de riches, dont la présence sera une sauvegarde loyalement proposée par nous contre les entraînements du parti plébéien. Mais cela encore t'inspire des effets d'indignation.

83. Quels sont encore les vices de notre projet ? Tel qu'il est rédigé, il ne désigne pas assez clairement les terres à vendre (1) et les terres à acheter. Les terres à vendre, il les désigne avec netteté, en se référant à un acte public, émané, non de la puissance populaire, mais du Sénat. Nous vendrons d'abord tout ce

(1) Ch. 14.

dont le Sénat a ordonné la vente sous le consulat de Marcus Tullius et de Cnéus Cornelius. Nous ne ferons ainsi qu'accomplir l'ordre d'une assemblée non suspecte de favoriser les bouleversements.

Mais, dit le consul, pourquoi cette manière de s'exprimer vague et obscure? Ne pouvait-on pas spécifier dans la loi les objets sur lesquels a statué le sénat? Pourquoi ne l'a-t-on pas fait?

Parce qu'il eût été inutile et puéril de reproduire de longues listes connues de tous; qu'un tel procédé de rédaction n'eût eu d'autre résultat que de faire ressembler le projet de loi à un vocabulaire géographique.

Quant aux terres qu'on doit acheter, il était impossible de les déterminer d'avance, puisque les achats seront libres de la part des possesseurs.

84. De ces critiques de forme et de détail, dépourvues parfois de l'apparence même de la raison, le consul aborde les critiques de fond, il s'attaque à l'objet même de la loi. Avant de toucher le but qu'elle se propose, il faudrait faire ruine de droits anciens que le temps au moins a rendus respectables. Là son éloquence superbe enveloppe le monde entier. Il nous crie: Jetez, Romains, les yeux sur votre empire: *Atque illud circumspicite vestris mentibus undque* (1).

Qu'il jette les yeux sur notre misère, sur notre dénûment universel.

Il cite au peuple la longue liste de domaines qui lui appartiennent et dont le peuple ignore la valeur, les ressources, l'étendue; dont il ignore l'existence même et les noms, prononcés pour la première fois devant lui. Et il ne voit pas, le consul, que ces richesses immenses dans l'énumération desquelles il se complaît, sont la preuve et la condamnation de son incurie, à lui et à ses prédécesseurs,

Le sol sur lequel porte notre projet est divisé en deux parts: l'une est dans la main des patriciens qui l'ont usurpée; l'autre,

(1) Chap. 17.

la plus belle, appartient à la République, elle est dans les mains de l'administration consulaire, qui la laisse inculte, improductive.

85. C'est à une telle administration que nous voulons d'abord arracher cette considérable portion de vos domaines, non pour vous en dépouiller, mais pour vous les livrer, afin qu'ayant déjà le droit, vous ayez encore la possession, conséquence de votre droit.

Le consul ne veut pas de cette opération et s'évertue à la combattre.

La meilleure réfutation de son discours, c'est l'état présent des choses. Vous êtes fort riches, mais vous périssez de misère; le domaine public est vaste et fertile, mais c'est une suite de forêts, de prairies, de terres vagues, incultes, inexploitées.

Au résultat produit par la propriété commune, nous sommes certains que la propriété privée ne pourra jamais être plus ingrate, plus stérile. Tout s'oppose à ce que les consuls tirent parti de ces admirables terres; leur éloignement, les soins militaires et politiques qui absorbent leur temps, les enchaînent dans Rome ou les retiennent à la tête des armées.

Les terres qui vous appartiennent, nous voulons qu'elles vous soient utiles.

Pour cela nous ne voulons pas vous les partager directement,

Parce que vous n'avez ni argent, ni outils, ni bestiaux,

Parce que si vous vous les partagiez directement, ce qui est arrivé autrefois arriverait encore; manquant de tous les moyens de culture, pour vous les procurer, vous seriez forcés d'emprunter; vous emprunteriez aux patriciens, aux chevaliers, aux grands propriétaires; puis vous leur engageriez chacun votre part du sol, vous deviendriez leurs colons d'abord, leurs esclaves ensuite; et avant vingt ans vous auriez repris votre misère, perdu votre liberté et le titre de citoyens. Au lieu de cela, nous voulons vendre les terres de l'État à ceux qui ont assez de richesses pour les payer et les cultiver.

De l'argent produit par ces ventes, nous faisons deux parts: l'une destinée à vous procurer les choses nécessaires à l'agriculture, équipement de la campagne pacifique pour laquelle

vous êtes prêts ; l'autre, destinée à racheter, pour vous être distribuées, les terres usurpées par les patriciens.

C'est ainsi que les deux parties de notre projet se relient entre elles.

86. Car ce que nous voulons, en second lieu, c'est faire cesser l'usurpation, mettre en rapport des valeurs immenses ; charger de ce soin ces myriades de mains oisives qui travailleront, car du travail dépendra la prospérité et la vie de chacun.

Et l'usurpation patricienne, vieille comme notre histoire, nous voulons la faire cesser, comme l'ont voulu Licinius, les Gracques, tant vantés par le consul, Mucius Scævola le jurisconsulte, Drusus. Mais, à la différence de ces hommes illustres, nous entendons tenir compte de tous les droits qui se sont élevés contre le droit antérieur du peuple romain. Pas de dépossession hâtive et brutale. Nos décemvirs, aidés de tous les moyens de connaître la vérité, recherchent, en présence des possesseurs eux-mêmes, quelles sont les terres publiques détournées de leur destination. Ils les feront rentrer dans le domaine de l'État, et les réuniront à la grande masse disponible ; mais les embellissements, les augmentations faites par les détenteurs, les droits de toute sorte, aliénations partielles, hypothèques, gages, servitudes, consentis à des tiers, sont respectés ; le possesseur est indemnisé équitablement, largement ; les créanciers hypothécaires peuvent se faire connaître et recevoir directement le paiement de leur dette, jusqu'à concurrence de la valeur de leur gage ; une satisfaction intégrale et immédiate leur est donnée. Aucune atteinte n'est portée à ces derniers, et quant aux détenteurs eux-mêmes, que pourraient-ils dire, puisque nous traitons leur possession entachée d'usurpation comme une propriété légitime ?

87. Et c'est cette mesure que le consul blâme encore (1) ! Il préfère et vante les procédés violents ; qui ont désolé maintes fois la République sans fournir jamais ni sécurité, ni réparation.

(1) Ch. 26.

Le mal existe, le consul le proclame (1). « Combien n'en est-il « pas, a-t-il dit, qui ne pourraient défendre leurs possessions « immenses; qui ne pourraient soutenir la haine attachée aux « largesses de Sylla ?..... » Et quel est le remède meilleur que le nôtre qu'il fournit? C'est de laisser les choses comme elles sont, sans y rien changer. Singulier moyen de combattre le mal et l'injustice, que de leur laisser la paix, et le temps de s'affermir!

Voilà la seconde partie de notre projet. Vente libre des biens publics usurpés: le droit des possesseurs sans juste titre est considéré à l'égal d'une possession régulière.

88. Mais, dit le consul, les possesseurs ne sont pas forcés de vendre; je demande dans quel pays on trouvera des vendeurs (2)?

A coup sûr, ils ne manqueront pas, d'abord parce qu'ils seront bien payés; ensuite parce qu'ils aimeront mieux échanger des terres toujours disputées, contre de l'argent; que personne ne pourra leur réclamer jamais; avec lequel ils pourront acheter et remettre en valeur d'autres terres, aujourd'hui fertiles et incultes. Qu'il y ait un grand nombre de détenteurs qui nous vendront, qu'ici encore notre projet doive réussir, c'est le consul lui-même qui, après l'avoir nié, prend le soin de nous le prédire : » Combien, vous a-t-il dit, combien n'en est-il pas, « Romains, qui, désirant de vendre leurs terres, ne trouvent « point d'acquéreurs ; enfin, qui voudraient en être dessaisis par « quelque moyen ? On les voyait, il y a peu de temps, trembler « au seul nom de tribun ; ils craignaient votre puissance, et « redoutaient la seule mention de loi agraire. Maintenant on « ira même les prier et les supplier de vendre pour le prix « qu'ils voudront, de livrer aux décemvirs des terres dont les « unes appartiennent à l'État, les autres sont odieuses, inquié- « tantes pour leurs maîtres. »

89. Hâtez-vous donc, Romains, de voir; et de suivre la route que nous vous ouvrons.

(1) Ch. 26.
(2) Ch. 25.

Sécurité rendue à la propriété ; propriété rendue au dénûment ; un terme apporté sans violence à l'usurpation ; le travail rendu, le sol utilisé, tels sont les effets sociaux assurés par notre loi agraire loyalement exécutée.

Quant aux avantages politiques, il faut que le consul, s'il ne les voit pas, prenne beaucoup de peine pour s'aveugler à ce point. Nous couvrons l'Italie, que le consul ne craint pas de dépeindre comme la plus implacable ennemie de Rome, non pas d'une tourbe d'hommes orgueilleux, fainéants, qui cependant, c'est une de ses craintes (1), s'enrichiront dans les plaines de la Campanie, jusqu'à devenir dangereux pour cette ville. Nous repeuplons l'Italie déserte, livrée aux esclaves, non avec des ennemis, comme le dit le consul, qui dissimule habilement l'injure qu'il vous jette, mais avec des hommes libres qui veulent du travail, de la terre, et du pain. Nous la livrons à ses enfants, à des Romains, à vous-mêmes. »

90. Certes, s'il se fût trouvé là un Tiberius ou un Caïus Gracchus, capable de donner l'appui de son éloquence aux motifs de bon sens qui recommandaient la loi agraire, et qui frappent les esprits les moins clairvoyants, pourvu qu'ils ne soient point prévenus, la victoire ne lui eût pas échappé. Mais Rullus, nous l'avons dit, n'était qu'un orateur médiocre. Il prit dès l'abord, et conserva dans la lutte l'attitude d'un vaincu. Cicéron, prévoyant la conduite du tribun, l'avait vingt fois provoqué à une réplique contradictoire. Rullus ne se sentit pas de taille. Il laissa le consul triomphant s'éloigner du Forum; seulement alors, il le réfuta, et, à ce qu'il paraît, ramena à lui les esprits. Cicéron accourut de nouveau. Le procédé du tribun manquait de franchise; il contenait l'aveu d'une infériorité personnelle, que la foule distingue malaisément de l'infériorité de la cause. En profiter, n'était pas ce qui embarrassait le consul ; et, quoiqu'il fût à son apparition aux Rostres, accueilli par des murmures, il n'eut qu'à faire un triage de ses sophismes de la veille, à y ajouter quelques phrases pleines d'un dédain mérité, pour faire rejeter définiti-

(1) Ch. 35.

vement la dernière tentative éclatante du pouvoir tribunitien dans la question de la propriété foncière (1).

91. De même que de l'assassinat de Drusus sortit la guerre sociale, la conjuration de Catilina sortit de la défaite de Rullus. Elle faillit perdre Rome ; elle agita l'Italie entière, et Cicéron

(1) Cette grande *question agraire* se retrouve bien ailleurs qu'à Rome. On se rappelle l'agitation qu'elle causa, il y a vingt ans, dans l'Amérique du Nord ; la formation, à New-York, de l'*Agrarian league* ; les discours de W. Lyons Mackensie, et l'élection de Polk à la présidence de la République, élection qui fut l'œuvre des agrariens. On trouve les détails de ce mouvement curieux et puissant dans un écrit de M. F. Vidal. *De l'Agrarianisme aux États-Unis. Revue indépendante*, 25 avril 1846. — La même question a préoccupé l'Australie anglaise.

« La querelle des lois agraires, dit M. Blerzy, se représente maintes fois à la naissance d'une société ou dans les temps qui suivent les grandes révolutions. Nous la retrouvons de 1810 à 1825, dans la demande d'indemnité faite par les anciens émigrés, de retour ; nous la retrouvons en 1822, dans l'Australie.

« Les produits du sol acquirent (lors de la découverte des terrains aurifères) une valeur deux ou trois fois plus considérable, et les *Squatters* (possesseurs du sol) prirent indirectement leur part des nouvelles richesses qui venaient de se révéler dans la colonie. Alors aussi, la « question des terres de la Couronne » qui avait été amortie par le régime de l'acte de 1846, vint se représenter avec des difficultés plus grandes. La question agraire allait être traitée (le fait mérite d'être remarqué) presque au même point de vue que dans l'ancienne Rome.

« En Australie, comme à Rome, il s'agit de terres conquises sur la barbarie, accaparées à vil prix par une caste puissante, et réclamées par le peuple qui veut un partage équitable. Il s'agit de diviser de grandes propriétés presque stériles, en petites cultures très-productives. En y regardant même de près, on retrouverait peut-être une certaine similitude entre les lois Licinia et Sempronia et les actes royaux qui, vingt-deux siècles plus tard, tranchèrent les mêmes difficultés. Néanmoins, gardons-nous bien d'établir une analogie plus complète entre des époques si différentes. Les domaines des *Squatters* n'étaient pas usurpés comme les terres des patriciens, mais constitués par des dispositions légales ; l'agitation des colons déshérités, si grave qu'elle fût, ne produisit pas de révolution dans l'État, et la solution définitive, inspirée par des idées économiques plus saines, fut plus rationnelle et par conséquent plus durable. »

L'Australie et ses Explorateurs, par M. H. Blerzy. — *Revue des Deux-Mondes*, livraison du 15 août 1861.

dut regretter de s'être opposé à l'éloignement de ces plébéiens qui eussent été de bons laboureurs, de fidèles représentants de Rome dans les provinces, mais que la détresse poussa en grand nombre dans les bras d'un conspirateur misérable et souillé. Cicéron, vainqueur des conjurés, sortit du consulat, emportant une gloire incomparable, mais, par des refus obstinés à des demandes justes et prévoyantes, laissant cette plèbe sans pain comme un instrument aux mains des ambitieux qui déjà ne se cachaient plus.

92. Deux ans plus tard, Jules César est élu prêteur. Bientôt on lui confie le département de l'Espagne ultérieure. Ses créanciers lui coupent le départ et ne s'apaisent qu'après que Crassus leur a versé des à-comptes.

L'Italie de plus en plus mal cultivée se reprend à souffrir de faim. Il faut faire tomber les derniers obstacles à l'entrée des produits envoyés des provinces lointaines. Les péages et droits d'entrée dans Rome et toute l'Italie sont abolis, malgré les embarras financiers de la République. Cicéron s'en plaint dans une lettre privée, écrite après l'admission d'une autre mesure qu'il signale et que nous verrons bientôt (1).

César se jugeant assez fort demanda le consulat et l'obtint, malgré les patriciens, qui ne purent réussir qu'à faire nommer avec lui Bibulus, homme d'une médiocrité infime (2).

Arrivé là, son premier soin fut de faire de la popularité de Pompée et des richesses de Crassus un instrument à sa propre puissance. Il forma une sorte de triumvirat, pouvoir demi-privé, demi-officiel, qu'il substitua au pouvoir légal de son collègue.

93. Son premier acte fut de proposer une loi agraire. Le jour

(1) Præterea, si ulla res est, quæ bonorum animos, quos jam video esse commotos, vehementius possit incendere, hæc certe est et eo magis, *quod portoriis Italiæ sublatis*, agro campano diviso, quod vectigal superest præter vicesimam. *Lettres à Atticus*. Liv. II. Lettre 16.

(2) Voir dans le livre de M. Dezobry: *Rome au siècle d'Auguste*, le récit intéressant, mais un peu généralisé, de l'élection de César, t. II, lettre XXVI.

venu de la présenter, il la fit connaître à Crassus et à Pompée. Tous deux l'approuvèrent. « Mais, dit-il à Pompée, dans le cas où on la repousserait par la force, que ferais-tu ? » — « Si on l'attaque avec l'épée, je la défendrai avec l'épée et le bouclier, répondit Pompée (1). »

Cette loi, conservée par Dion, le véritable, le seul historien du consulat de César, était ainsi rédigée :

« Pour relever l'agriculture et repeupler les solitudes de l'Italie, on distribuera aux pauvres les terres du domaine public. Celles de la Campanie ne seront données qu'à ceux qui ont au moins trois enfants, et pour ces concessions une redevance sera payée au trésor.

« Si les terres publiques ne suffisent pas, on achètera, avec l'argent que Pompée a rapporté, des domaines particuliers, au prix où ils ont été marqués sur les registres du dernier cens, et seulement du consentement des propriétaires. Vingt commissaires veilleront à l'exécution de la présente loi. »

Sauf cette dernière disposition, c'était la copie exacte du projet de Rullus. Mais César, populaire, illustre, éloquent, inaccessible à l'intimidation, n'était pas homme à se laisser battre comme le tribun, par manque d'aplomb ou par gaucherie.

94. Il vint au Sénat et lut son projet, se fiant plus à lui-même qu'à n'importe quel tribun. Ce langage dans la bouche d'un consul causa bien un scandale muet. Mais César demanda avec aisance et politesse aux sénateurs assemblés, si quelqu'un y trouvait à redire, se déclarant tout prêt à retrancher les articles qu'ils n'approuveraient pas.

Pas un sénateur ne parla. On vota. Les suffrages rejetèrent la loi à l'unanimité. César ne témoigna ni colère, ni mépris, ni joie. Il annonça seulement qu'il porterait la question au Forum. Les sénateurs se retirèrent, l'indignation sur leurs graves visages.

Le peuple fut appelé aux comices. Bibulus s'y rendit et crut faire un coup de maître en déclarant fériés tous les jours du

(1) Dion. Liv. XXXVIII.

consulat de César. C'eût été autrefois en effet un sûr moyen d'arrêter l'affaire. Mais César n'en tint compte; il fit ses préparatifs, aidé de Crassus, et de Pompée qui remplit la ville de ses vétérans de l'armée d'Asie. Les Romains rirent beaucoup de Bibulus et appelèrent la magistrature de cette année le consulat de Jules et de César. Le malheureux consul patricien voulut parler, on lui jeta des ordures à la tête (1). Caton, lui aussi, se dirigea vers les Rostres ; son intervention était chose grave, car s'il n'avait pas la popularité, il avait la vénération pour lui. César le sentit, et les vétérans de Pompée entourant le redouté sénateur, l'éloignèrent par force des comices.

Le peuple vota et adopta la loi agraire.

César ne se contenta pas de ce succès. Vaincre les sénateurs après leur avoir demandé leur avis avec une déférence déjà fort impertinente, ce n'était pas encore assez pour lui : il voulait les avilir. Sans craindre de se faire l'imitateur d'un Saturninus, il trouva piquant de faire jurer aux patriciens soumission et fidélité à cette loi, qu'aucun d'eux n'avait osé attaquer tout haut, mais que chacun avait repoussée de son vote au sénat, de ses intrigues au Forum.

Tous les sénateurs prêtèrent ce serment !

95. Tous, sans en excepter Caton, qui se fit bien prier un peu, mais qui jura comme le reste.

César qui, à la différence des Gracques, savait marcher à un but sans s'égarer, fit procéder immédiatement à l'exécution. Vingt commissaires furent nommés, parmi lesquels Pompée (2) et Atius Balbus, beau-frère de César et aïeul d'Auguste (3). Ils répartirent le territoire campanien entre vingt mille familles, dont les chefs étaient pères d'au moins trois enfants. Capoue, asservie et déserte, fut repeuplée, utilisée et relevée au rang de colonie romaine. Il ne paraît pas, toutefois, que la loi de César qui, de même que celle de Rullus, embrassait dans ses dispo-

(1) Dion., liv. XXXVIII.
(2) Cicéron. *Ad Atticum*, l. 2, lett. 12.
(3) Suétone. *Auguste*. C. 4.

sitions la totalité des terres publiques, possédées ou non possédées par des particuliers, ait reçu son application au-delà du territoire campanien. Le silence des historiens et le fragment de Cicéron, rapporté plus haut, en sont un témoignage.

96. Quelle fut l'attitude de l'adversaire de Rullus quand César reprit le projet du tribun? Elle fut telle que César ne se crut pas obligé à plus de respect envers lui qu'envers le Sénat. Un des vingt commissaires étant mort pendant les opérations, le consul fit proposer à Cicéron de remplir sa place vide! Il refusa, mais non pas sans hésiter (1).

Il n'avait pas osé même se présenter au Sénat, et après l'humiliante proposition du serment, il trouva juste assez de courage pour conseiller à Caton, récalcitrant, de se soumettre et de jurer obéissance.

97. Telle est, pendant la deuxième période de l'histoire romaine, la suite des révolutions qui eurent pour cause et pour but la propriété du sol. Ces disputes éclatantes firent de la terre une richesse incertaine et périlleuse, toujours prête à s'échapper violemment des mains de ceux qui la détenaient. Il n'est pas étonnant que les institutions et la législation civile aient imparfaitement réglementé une valeur à laquelle de nos jours viennent aboutir, et sur laquelle reposent toutes les autres valeurs ; mais qui dans ces temps, loin d'être la base de la confiance, ne renfermait qu'une grande injustice originelle et de perpétuelles inquiétudes.

Nous venons d'étudier l'histoire du crédit dans les faits. Voyons la place qu'il occupa dans les institutions et dans le droit écrit.

98. La plus ancienne loi qui se relie, quoiqu'indirectement, à notre sujet, est celle qui porte le nom de *Plætoria* ou *Lætoria*. Le jurisconsulte allemand Heineccius, qui n'eut pas le secours de la table d'Héraclée, compare les fragments parvenus jusqu'à

(1) Cicéron. *Ad Atticum*, l. 2, lett. 3 et 19, et l. 9, lett. 2.

son temps aux membres épars d'Hippolyte. Elle a été l'objet de nombreux travaux de reconstruction et d'interprétation. Le dernier est dû à la plume de Savigny (1). *La lex Plætoria* est à signaler dans cette étude en ce qu'elle garantissait la fortune des mineurs contre les opérations intéressées des prêteurs d'argent. Leurs biens ne pouvaient servir de garantie à une créance, que la loi considérait comme nulle, et dont l'existence de fait pouvait attirer sur la tête des créanciers un véritable châtiment, la suspension de certains droits politiques (2).

Cette loi appartient principalement au droit des personnes.

99. Quant aux dispositions relatives au droit des choses, *de jure rerum*, il nous faut mentionner tout d'abord la *lex Cincia de donis et muneribus*, promulguée un peu avant la fin de la seconde guerre punique (203). Cette loi à laquelle Cicéron et Tacite font allusion, qui nous est presque entièrement connue depuis la découverte des *Fragmenta Vaticana* (§ 266, 316. *De donationibus ad Legem Cinciam*), a pour objet de modérer et de réduire les dispositions faites par voie de donation. Elle ne portait à tout prendre que sur les personnes étrangères au donateur. Celui-ci conserva la liberté de donner à ceux qui se rattachaient à lui par un lien de parenté.

On aperçoit ici l'effort du législateur aristocrate qui veut assurer à la propriété une stabilité que les agitations sociales repoussent sans cesse.

100. Voilà pour le droit écrit ; finissons l'étude de cette période en examinant comment deux grandes institutions, la censure et l'usage légal des registres privés, purent servir au crédit d'aide et de contrôle.

Les censeurs, nous l'avons vu déjà, étaient chargés, outre la haute surveillance qu'ils exerçaient sur les mœurs privées et publiques, du soin de tenir note exacte de la fortune de chacun, de la suivre dans ses diminutions ou ses agrandissements. Leurs fonctions, souvent exercées par des hommes de parti et du

(1) *Ueber die lex Plætoria*. Berlin, 1833.
(2) Giraud, *Introduction à l'histoire du Droit romain*, p. 139.

parti contraire au mouvement de la société romaine, subirent plusieurs fois le contre-coup des événements. Suspendue de fait, à de longs intervalles, la censure, au moment où la République se mourait, était cependant encore une institution normale et vivace.

Les censeurs tenaient leurs registres. Mais ces registres publics ne pouvaient être une assistance au crédit qu'autant que le citoyen pouvait librement les consulter, et reconnaître, en les compulsant, si celui de qui il achetait était le vrai propriétaire du bien vendu ; si l'emprunteur qui le sollicitait avait une fortune immobilière suffisante pour rendre certain, probable ou vraisemblable, le remboursement de l'argent demandé. Sans cette publicité de fait les registres des censeurs n'étaient qu'une institution politique; nullement une institution civile destinée à donner de la sécurité aux opérations des particuliers entre eux.

101. Or, quelles qu'aient été nos recherches sur ce point d'histoire et de droit, nous n'avons trouvé aucun texte, d'où il fût permis d'induire que chaque citoyen eût le pouvoir d'exiger directement du censeur l'exhibition de ses livres; mais en faut-il conclure pour cela que les particuliers fussent livrés à l'impuisance absolue de pénétrer un secret si important pour eux? Tout au contraire; et s'ils ne le pouvaient pas directement, ils le pouvaient par l'intermédiaire du tribun. Deux textes anciens jettent sur cette obscurité une lumière frappante. L'un de ces textes, est tiré de Juvénal; il nous apprend qu'à une époque où le pouvoir des tribuns avait cessé, certes, d'être envahisseur, leur intervention dans les affaires privées des citoyens était chose quotidienne. Passant en revue les misères de ceux qui enseignent la jeunesse, Juvénal peint leurs travaux, leurs veilles, les soins dont ils entourent leurs élèves, et les difficultés qu'à la fin de l'année ils ont à traverser pour se faire solder leur misérable rétribution.

Quis color et quod sit causæ genus atque ubi summa
Quæstio, quæ veniant diversæ forte sagittæ,
Nosse velint omnes, mercedem solvere nemo.—
Mercedem appellas ? quid enim scio ? — Culpa docentis

Arguitur.....
Dummodo non pereat, totidem olfecisse lucernas.
Quot stabant pueri, quum totus decolor esset,
Flaccus et hæreret nigro fuligo Maroni.
Rara tamen merces, quæ cognitione tribuni,
Non egeat..... (1).

Quel est le ton, quelle est la nature du sujet, quel est le point
Important, quelles sont les arguments opposés qu'on pourra bien lancer,
Voilà ce que chacun veut savoir, ce que nul ne veut payer. —
Tu parles de paiement, dit l'élève. Eh ! qu'ai-je appris ? — C'est au professeur
Qu'est la faute.....
Pourvu encore que tu ne meures pas de faim, ô magister, à respirer la vapeur
De tes lampes aussi nombreuses que tes élèves, à user ton Horace
Fatigué et ton Virgile de noir enfumé !
Car le paiement ne vient presque jamais sans que le tribun
Ne s'en mêle.

102. Voilà donc un premier point bien établi : l'intervention des tribuns dans les affaires privées des citoyens du rang le plus humble, toutes les fois qu'ils en étaient requis.

Reste à reconnaître si ces magistrats pouvaient, à leur convenance, feuilleter les registres des censeurs. Si ce droit leur appartenait, il est certain que tout particulier avait toujours un moyen simple de connaître les mutations de propriété et l'état de fortune de quiconque se présentait comme vendeur, emprunteur, ou donateur. Or on trouve précisément, dans les discours de Cicéron que nous avons analysés, ces paroles, qui ne laissent sur ce point aucun doute. Luttant contre les procédés du tribun Rullus, l'orateur s'écrie : « Il parcourt toute la Sicile *dans les registres des censeurs*, et il n'oublie aucune terre, aucun édifice. » *Persequitur* IN TABULIS CENSORIIS *totam Siciliam*, *nullum ædificium*, *nullos agros relinquit* (2).

103. Mais il est un autre fait dont l'influence fut grande sur le Droit romain tout entier, et qui dut souvent remplacer ou aider la censure trop dépendante des révolutions politiques : je veux

(1) Satire VII.
(2) CICÉRON. *De Lege agraria*, I, 2.

parler du développement de l'obligation littérale (*litterarum obligatio*), et de l'usage général des registres privés (1).

« Chez un peuple (je copie M. Ortolan) dont le fond du caractère, surtout à l'origine, avant le mélange avec toutes les nations, fut la sévérité de mœurs, le compte et le ménagement parcimonieux du patrimoine souvent jusqu'à l'avarice, l'esprit juridique jusqu'au culte du procès : chez un pareil peuple, ce devint une habitude nationale, quand les lettres furent introduites et répandues, que chaque chef de famille tînt un registre domestique dans lequel il consignât exactement, jour par jour, ses opérations, ses revenus et ses bénéfices, ses dépenses et ses pertes de toute nature. Ce registre portait le nom général de *tabulæ* ou de *codex*. L'austérité et la foi primitives donnèrent un caractère de sanction presque religieuse et publique à ces tables domestiques. Les auteurs classiques témoignent, en maint endroit, du soin avec lequel on les rédigeait et du crédit qu'on y attachait. »

Un annotateur de Cicéron, Asconius Pedianus, nous fournit sur ce point un renseignement général fort net : « Moris autem fuit unumquemque domesticam rationem sibi totius vitæ suæ per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, fœnore lucrove seposuisset quoquo die, et quid idem sumtus damnive fecisset. »

La tenue de ces registres se rapproche par plusieurs détails des livres des commerçants modernes :

« Pour rédiger exactement leurs *tabulæ*, dit encore M. Ortolan, les Romains prenaient d'abord leurs notes sur une sorte de brouillon mensuel appelé *adversaria*, où les notes s'inscrivaient sans ordre méthodique, telles qu'elles se présentaient ; et c'était de là que, régulièrement tous les mois, les mentions qui devaient être consignées dans les *tabulæ* y étaient reportées avec ordre et méthode. Il faut voir dans Cicéron la différence de tenue et

(1) V. sur ce sujet Savigny. *Ueber den literal Contract der Rœmer* (Vermischte Schriften), et la dissertation étendue de M. Ortolan. *Explication historique des Instituts*, t. II, p. 219, 5e édit.

d'importance entre les *adversaria* et les *codex* ou *tabulæ*. Ce sont ces tables que l'orateur appelle *æternæ*, *sanctæ*, *quæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur*. »

Ces registres eurent pour la formation même du contrat une importance capitale. Ils furent les vrais successeurs de l'ancienne *stipulatio verbis*. Nous n'avons point à nous préoccuper de ce point de vue.

Les *tabulæ* formaient de plus, en justice, des éléments de preuve (1). Le crédit pouvait déjà trouver là son compte. Entre deux acheteurs successifs d'une même chose vendue par le même propriétaire; entre deux créanciers hypothécaires en contestation sur la date de leurs hypothèques, les registres privés pouvaient facilement établir l'antériorité de l'un des deux titres.

Il semble aussi qu'ils offraient un moyen préventif à tout acheteur, à tout prêteur sollicité, de vérifier si la chose qu'on lui offrait était bien celle du vendeur, si l'emprunteur était dans un état de fortune rassurant. Le refus par ceux-ci d'ouvrir et de communiquer leurs *tabulæ* aurait été pour les tiers un avertissement suffisant d'avoir à s'abstenir.

(1) Voir au point de vue de la procédure criminelle à Rome, sur l'importance des registres privés, M. Laboulaye. *Essai sur les lois criminelles des Romains*, p. 370.

CHAPITRE QUATRIÈME.

ORIGINES HISTORIQUES : TROISIÈME PÉRIODE : DE LA CHUTE DE LA RÉPUBLIQUE A SÈVÈRE ALEXANDRE.

104. Nous entrons dans la période de l'histoire romaine que l'on a justement nommée l'âge d'or de la jurisprudence. Tandis que la littérature lutte avec la décrépitude des esprits, et ne remporte avec Juvénal et Tacite que d'exceptionnelles victoires, la science juridique atteint son apogée. De la chute de la République à la mort d'Alexandre Sévère, les grands maîtres se succèdent, laissant aux innombrables disciples qu'ils ont formés les traditions de leurs écoles respectives. C'est, au commencement, Servius Sulpicius, contemporain de César; Alfenus Varus, consul sous Auguste; Antistius Labéon, qui ne voulut point être consul, et Capiton, dont les discussions passionnées engendrèrent la division des jurisconsultes en deux sectes; Sabinus et Proculus qui donnèrent leurs noms aux camps opposés; les deux Celsus, le père et le fils; Salvius Julianus, qui remplit les plus hautes magistratures de l'empire, célèbre par la rédaction de l'Édit perpétuel et par son commentaire *ad edictum;* Africanus, auteur de *Quæstiones*, dont de nombreux fragments ont passé dans les Pandectes; Gaïus, dont les *Instituts*, égarés pendant des siècles, ont fait, en réapparaissant, révolution dans la science; Papinien, grand et honnête homme, assassiné, jeune encore, par l'empereur Caracalla, dont il refusa de justifier le fratricide; Paul et Ulpien, ses assesseurs dans la préfecture du prétoire : le premier, auteur des notes sur Papinien et des *Sententiæ receptæ;* le second, plus important pour nous que tous les autres à cause des fragments qui nous restent de ses *Regulæ*, s'attira, par ses réformes, la haine des gardes prétoriennes qui l'assassinèrent (1); à la

(1) GIRAUD, *Éléments de Droit romain, p.* 304.
Fr. 2, Dig., *de Origine juris.*

fin de cette période, les contemporains d'Alexandre Sévère, Marcianus, Triphoninus, Florentinus, Herennus Modestinus, qu'Ulpien réclame comme son disciple.

105. Tous ces grands jurisconsultes n'étaient pas seulement des hommes de loi courbés sur une étude technique et exclusive. Leur science admirablement simple leur laissait le temps de devenir des philosophes, des administrateurs, des hommes d'État (1). Spectateurs éclairés des maux de leur temps, ils avaient assez de largeur d'intelligence, assez d'amour du bien, pour chercher et trouver le remède en dehors des lois existantes. Il semble que leurs veilles auraient dû produire une législation réparatrice de la propriété foncière, capable de faire du sol une richesse ayant valeur et sûreté.

Sur ce point, nous pouvons le dire dès maintenant, le résultat par eux obtenu fut nul.

106. Les causes du mal se modifièrent, mais ce fut pour s'empirer. Sans doute la proposition des lois agraires ne vint plus, à de courts intervalles, faire trembler jusqu'au fond de l'Italie les riches possesseurs des terres publiques, mais d'autres dangers surgirent, devant lesquels le bon droit et l'usurpation durent également s'effrayer.

La chute de la République avait été la ruine de l'aristocratie, d'où on a conclu que ce fut une révolution favorable aux intérêts plébéiens. Erreur ! Le mal continua de peser sur tous. La querelle des débiteurs et des créanciers se continua et attira en faveur des premiers l'intervention de Tibère (2).

On s'était plaint sous la République de la concentration et de l'inégalité des fortunes. Sous l'Empire, la minorité patricienne vaincue en politique est plus riche, le peuple est plus misérable que jamais. La pauvreté change de caractère. Ce n'est plus cette pauvreté féconde (3) qui, tombant sur des âmes fortes et droites,

(1) V. M. Giraud. *Éléments de Droit romain. Polymathie des Jurisconsultes*. p. 278

(2) Tacite. *Annal.* liv. VI. ch. 16 et 17.

(3) ..... fœcunda virorum
Paupertas .....
Lucain. liv. I. v. 165.

engendre l'activité et impose le respect. La pauvreté désormais devient immonde: *Pauperies immunda procul domo absit* (1). C'est la mauvaise conseillère qui pousse à commettre et à subir lâchement l'injustice:

> Magnum pauperies opprobrium jubet
> Quidvis et facere et pati..... (2)

Péril au dessous, péril à côté, péril surtout au-dessus de soi.

Le petit propriétaire dut redouter son voisin; le grand propriétaire, bien plus exposé, eût tout à craindre de ses esclaves et de l'Empereur.

Allons, dit Juvénal à l'envieux,
Allons, achète une autre villa, puisque tu n'as pas assez d'un domaine,
Puisque tu veux t'agrandir, et que le champ voisin
Est plus vaste et plus fertile; achète encore
Ce taillis et ce mont que blanchissent les oliviers touffus.
Si le propriétaire résiste et n'accepte aucun prix,
On lui enverra la nuit dans ses épis verts
Des bœufs maigres, des chevaux las et affamés,
Qui n'en reviendront qu'après avoir rempli leur panse,
Et tondu le champ aussi bien que la faulx.
On ne saurait dire combien de cultivateurs l'on a ainsi désolés;
Combien par semblable violence on en a forcé à vendre leurs champs (3).

(1) Horat. *Épist.* II. 2.
(2) Horat. *Odar.* III. 24.

(3) Ergo paratur
Altera villa tibi, quum rus non sufficit unum,
Et proferre libet fines, majorque videtur
Et melior vicina seges: mercaris et hanc et
Arbusta et densa montem qui canet oliva.
Quorum si pretio dominus non vincitur ullo,
Nocte boves macri lassoque famelica collo
Jumenta ad virides hujus mittentur aristas;
Nec prius inde domum, quam tota novalia sævos
In ventres abeant, ut credas falcibus actum.
Dicere vix possis quam multi talia plorent,
Et quot venales injuria fecerit agros.

Juvénal, *Sat.* XIV.

Et plus loin :

Qu'un méchant voisin me prenne le vallon qui me vient de mes ancêtres,
Qu'il me vole mon champ,
Qu'il ait arraché de la terre la pierre sacrée qui nous servait de limite.....
Pour obtenir jugement, il me faudra attendre qu'on ait jugé les procès du monde entier (1).

107. Partout les campagnes fument de sinistres ; heureux le maître quand l'esclave se borne à fuir, et quand il ne laisse pas derrière lui un incendie qui couve dans les granges.

An vigilare metu exanimem noctesque diesque
Formidare malos fures, *incendia, servos,*
Ne te compilent fugientes, hoc juvat (2) ?

Detrimenta, fugas servorum incendia ridet
(Vates) (3).

Les esclaves réunis par bandes énormes, conduisent leurs troupeaux, errent et pillent, n'attendant qu'un compagnon déterminé, qui, comme il faillit arriver dans les montagnes de l'Italie méridionale sous Tibère, les arme et les organise (ap. J.-C. 24).

108. C'étaient là de terribles menaces pour la propriété, mais qu'était-ce au prix des dangers qui venaient de Rome? Nous avons dit que pour avoir le secret du rôle étrangement incomplet de la propriété foncière sous la République, il était nécessaire d'étudier les révolutions qui l'agitèrent; sous l'Empire, ce serait une autre histoire qu'il faudrait entreprendre, l'histoire des confiscations.

Elles commencèrent avec l'empire. Toutefois, l'habile et bien-

(1) Convallem ruris aviti.
Improbus aut campum mihi si vicinus ademit,
Expectandus erit qui lites inchoet annus
Totius populi.
JUVÉNAL, *Sat.* XVI.

(2) HORAT., *Sat.* I, 1.
(3) HORAT., *Epist.* II, 2.

veillante administration de César paraît pure de cette tache. Obsédé de la charge de trois cent vingt mille citoyens qui vivaient à Rome aux dépens de l'État, il réduisit ce nombre à cent cinquante mille, et offrit aux autres des terres ; mais, chose à remarquer, dans des colonies d'outre-mer. Il réserva le sol italique à ses vétérans, en ayant soin que les lots fussent séparés, afin de prévenir toute révolte (1).

109. Le gouvernement d'Auguste est séparé de celui de son père adoptif par des proscriptions dont la plus sanglante satire sert aujourd'hui de frontispice aux œuvres de Virgile. Mettre face à face les deux types vivants de son époque, le laboureur chassé de chez lui et le nouvel intrus qui prend le frais sous les beaux châtaigniers ; faire converser amicalement ces deux hommes, le dépouillé et le gratifié ; donner à Mélibée, au proscrit qui pousse devant lui son maigre troupeau vers le pays des Scythes ou des Bretons, assez de longanimité pour entendre les louanges d'Auguste, de ce dieu qui l'exile, et pour s'intéresser aux récits que lui fait le soldat devenu berger, de ses amoureuses et champêtres intrigues avec Amaryllis ou Galatée ; terminer enfin par une offre d'hospitalité, probablement acceptée, l'entretien des deux hommes qui, dans ces temps, durent en effet se rencontrer souvent, mais toujours pour tenter de s'égorger! Faire de cela quatre-vingts vers immortels et les réciter au prince, n'y a-t-il pas là-dessous un avertissement donné ou une grâce demandée? Cela ne peut pas avoir été seulement une flatterie éhontée dans l'intention du poëte, qui vit d'un œil attendri les misères de son époque et qui trouva en lui pour les déplorer des vers tels que ceux-ci :

> O Lycida, vivi pervenimus advena nostri
> Quod nunquam veriti sumus, ut possessor agelli
> Diceret: Hæc mea sunt; veteres migrate coloni.
> Nunc victi, tristes, quoniam Fors omnia versat,
> Hos illi (quod nec vertat bene) mittimus hædos (2).

(1) Duruy. *Histoire romaine*, ch. 23.
(2) Virgile. *Eclog.* IX.

110. Sous Auguste, la confiscation fut....la confiscation ; mais au moins elle eut une cause politique. Après lui, elle devient pour les empereurs une simple affaire de caprice, de fantaisie, de vengeance : sous Tibère, l'accusation de lèse-majesté qui entraînait la perte des biens, était l'accessoire obligé de toutes les accusations : *Addito majestatis crimine, quod tum omnium accusationum complementum erat* (1).

Tout dans cette malheureuse époque tendit à tuer la confiance, même dans ce qu'elle avait de plus honteux. Les amis d'un empereur, ceux qui avaient été comblés de richesses confisquées sur ceux qui avaient déplu, furent toujours incertains de conserver ces biens d'origine impure au-delà du règne de celui qui leur en avait fait largesse. A sa mort, son successeur à l'empire, son rival, souvent son assassin, qui avait pour ennemis tous les amis du règne précédent, ressaisissait terres, domaines, villas, et en faisait bien vite présent à ses complices ou à ses favoris. Néron meurt ; Galba fait assigner ceux qui ont reçu de lui et les force à remettre les neuf dixièmes des dons. Presque tous les ont dissipés, ils sont insolvables. L'empereur ne s'arrête pas devant cette difficulté : il étend ses recherches et ses poursuites jusque sur les nombreux acquéreurs (2). *Ubique hasta et sector et inquieta urbs auctionibus.*

111. Est-ce un empereur raisonnable et voulant le bien qui succède à un spoliateur en grand ; mêmes dangers renfermés dans l'avenir : bouleversements, si on tente de réparer le mal ; consécration de l'injustice, si on n'agit point. Vitellius confisque ; et confisque beaucoup, quoiqu'en peu de temps. Vespasien (70) tente de restituer les biens aux propriétaires. Il nomme même pour cela une commission de sénateurs. Dix ans plus tard, Domitien (3) recommence à confisquer, et son successeur, l'hon-

(1) Tacite. *Annales*, III, 38.

(2) Tacite, *Historiarum*, liv. I, ch. 20.

(3) C'était sous son règne que Juvénal écrivait ces vers, en faisant prudemment remonter l'allusion jusqu'au temps de Néron:

Sed plures nimia congesta pecunia cura
Strangulat et cuncta exsuperans patrimonia census

nête Nerva, dans un édit plein de bonhomie dont les termes nous ont été conservés par Pline (1) ne trouve rien de mieux que de confirmer les largesses et par suite les spoliations de l'exécrable tyran qui l'avait précédé. « Ne tamen aliquam gaudiis publicis afferat hæsitationem, vel eorum qui impetraverunt, diffidentia, vel ejus memoria qui præstitit, *necessarium* pariter credidi ac lætum (!) obviam dubitantibus indulgentiam meam mittere. »

Trajan reçut de très-grands éloges pour n'avoir rien confisqué (2).

112. Voilà pour la sûreté de la propriété foncière. Voyons maintenant quelle fut, pendant cette période, la valeur de la terre.

Au milieu des louanges de toute sorte, prodiguées à Auguste par les voix les plus harmonieuses de la littérature latine, se trouve naturellement la fertilité rendue au sol.

Tua Cæsar ætas
Fruges et agris retulit uberes,

s'écrie Horace dans une *Ode* intitulée, par les éditeurs modernes, *Cæsaris Augusti laudes*. Malheureusement la réalité vient donner à la poésie un démenti cruel, et, sans feuilleter d'autres livres, on pourrait trouver dans celui d'Horace lui-même le témoignage du lamentable état où se perdait le sol italique. La situation des provinces n'était pas meilleure. Partout les bras manquaient pour le labourage. L'Espagne, durant des années, ne sentit pas le soc.

Quanta delphinis ballæna. Britannica major
Temporibus diris igitur jussuque Neronis
Longinum et magnos Senecæ prædivitis hortos
Clausit et egregias Lateranorum obsidet ædes
Tota cohors: *rarus venit in cænacula miles.*

(1) Livre X, *Épist.* 66.
(2) Pline. *Panégyrique*. 50.

Inarata per annos
Hesperia est, desuntque manus poscentibus arvis (1).

113. Sous la République, nous avons vu la désastreuse influence des *latifundia*, livrés à l'oisiveté des esclaves. Ce n'étaient pourtant alors que de grands domaines, maintenant ce sont des provinces, dont un milan ne pourrait faire le tour d'un seul vol (2) ; des rivières qui avaient séparé des nations ennemies traversent maintenant les possessions d'un seul citoyen (3), et c'est en vain que Pline s'en va répétant : *Latifundia Italiam perdiderunt* (4). Quelques empereurs s'efforcèrent par divers moyens de réhabiliter la culture. En l'an 15 avant J.-C., Auguste envoie des colonies en Gaule et en Espagne. Trajan en établit, du côté de la Dacie, d'assez considérables pour servir de souche à la cinquième des nations latines d'aujourd'hui. Dans une loi qui nous est rapportée par Pline (VI. 19.), et qui fut rajeunie par Marc Aurèle, le même empereur statua que nul ne pourrait aspirer aux charges, qui n'eût au moins le tiers de son bien placé en fonds de terre ou en maisons situées en Italie.

114. Tout fut inutile. La famine revint plus fréquemment que jamais visiter l'Italie, et sans les distributions de pain, Rome aurait péri d'inanition : disette sous Auguste (22 av. J.-C.) et maladies qui la suivent (5) ; disette persistante sous Claude. Il ne reste à Rome de provisions de blé que pour quinze jours. Par bonheur, l'hiver cette année fut doux, et permit aux semences de germer? Non pas, mais donna aux vaisseaux qui portaient à Rome sa subsistance, le temps d'arriver à son secours. *Modes-*

(1) Lucain. *Pharsal.* liv. I. vers 28.

(2) ..... Tot montes, tot prædia servas
Appula, tot milvos intra tua pascua lassos.
Juvénal. *Sat.* IX.
Voir aussi Perse. *Sat.* IV.

(3) Seneca. *Epistol.* 89.
(4) Pline. *Epistolæ.*
(5) Dion. liv. 54.

tia hiemis rebus extremis subventum, dit Tacite. Sous Vitellius, la misère de la ville devint plus horrible encore; elle arrache à l'historien un cri de pitié. *Magna et misera civitas !* Sous Commode, famine et peste; pendant que cet empereur se livrait dans le cirque, contre des taureaux, à des exercices de pugilat où il fut d'ailleurs toujours victorieux, son préfet des gardes, Pérennis, qui gouvernait alors, équipa une flotte nouvelle pour apporter des blés de Carthage à Rome. Ce n'est plus l'Italie seule, c'est l'Occident qui a faim. L'Asie-Mineure et l'Egypte n'y peuvent suffire.

Les terres incultes deviennent si vastes, que Pertinax en donne à tous ceux qui les mettront en valeur, en les exemptant d'impôts pour dix ans. Ces terres appartenaient cependant à quelqu'un; personne ne réclama, et ce ne peut être la terreur qui ait fermé la bouche aux propriétaires; car ce principat fut très-court et très-doux.

C'était, de leur part, ignorance et mépris de ces possessions qui ne leur rapportaient rien, tandis que l'usure leur procurait à petit bruit de si gros bénéfices (1).

115. Les barbares eux-mêmes préludent à la conquête militaire par une sorte de conquête civile, à laquelle nul ne s'oppose (2). Partout où ils veulent labourer et récolter, on les laisse faire, pourvu que leur prise de possession ne paraisse pas un acte d'hostilité politique. C'est ainsi que, pendant le premier siècle de notre ère, les Frisons s'établissent subitement sur les bords du Rhin. Le général romain qui commandait cette contrée trouva sa responsabilité engagée et les somma d'aller à Rome demander l'autorisation de l'Empereur. Néron les accueillit bien, mais fut choqué des formes solennelles de la requête. Aussi les refusa-t-il. Les Frisons ne lui en voulurent pas et s'éloignèrent.

Marc-Aurèle se montra moins pointilleux, d'après le récit de Dion. Il reçut des colonies dans la Dacie, la Pannonie, dans les

(1) Multis occulto crescit res fœnore, dit déjà Horace. *Epist.*, liv. I, ép. 1.

(2) V. sur ce point, mais pour une époque postérieure, M. Bertauld. *Introduction à l'Histoire des sources du Droit français*, p. xxiv.

deux Germanies, sur le Rhin ; il en admit même en Italie. Mais ces peuplades violentes remuèrent, complotèrent et firent tant, que l'Empereur jura bien qu'on ne l'y prendrait plus.

Ces faits suffisent pour montrer combien le sol était abandonné. Le dernier trait à fournir est le peu de cas qu'en firent les soldats, qui sous Auguste demandaient à grands cris quelques sillons, mais qui, dès le second siècle, alors qu'ils purent imposer leurs exigences, voulurent qu'on leur payât le *donativum*, la bonne-venue à l'empire, et toutes leurs récompenses, en argent, seulement en argent (1).

Telle est, en résumé, l'histoire de la propriété foncière pendant la troisième période de l'histoire romaine.

116. Qu'auraient pu opposer les jurisconsultes législateurs à cette instabilité anarchique, à cette universelle dépréciation? Faut-il s'étonner qu'ils se soient livrés à d'autres soins qu'à celui d'organiser la publicité régulière de l'hypothèque et de la translation de la propriété ? L'eussent-ils organisée, quelle utilité grande eussent pu en retirer les citoyens? Qui donc eût voulu donner, pour dernière garantie de sûreté à son avoir, ces immeubles déserts, sans culture et sans valeur? Autant vaudrait aujourd'hui prendre hypothèque sur les steppes russes ou sur les sables du Sahara. Et d'ailleurs, il aurait bien servi vraiment à un particulier d'invoquer son titre hypothécaire ou ses droits de vendeur non payé sur un immeuble déjà saisi par des licteurs envoyés de Rome!

Ce serait cependant une exagération que d'aller jusqu'à dire que l'influence des jurisconsultes sur le crédit n'exista point. Des moyens de satisfaction légués par le passé, ils laissèrent échapper une partie, mais ils conservèrent l'autre; et aussi ils essayèrent quelques innovations.

117. Parmi les usages que leur esprit pratique ne put réussir à conserver, il faut mentionner la comptabilité privée; ces registres, témoins fidèles de l'état des fortunes, autrefois tenus avec une exactitude religieuse; dont tout prêteur, tout

(1) Voir sur ce point, Dion. liv. 77 et 78.

vendeur, tout acquéreur, pouvait demander la production, qu'aucun citoyen n'eût pu refuser d'exhiber sans confesser par là même sa gêne ou son insolvabilité, ces registres furent absolument abandonnés : « *Sed postquam*, dit Asconius Pedianus, *obsignandis litteris reorum, ex suis quisque tabulis damnari cœpit, ad nostram memoriam tota hæc vetus consuetudo cessavit.* »

118. Les jurisconsultes maintinrent dans le droit la classification des choses, qui restèrent divisées en *res mancipi* et *res nec mancipi*. L'importance de cette division, grande aux origines de Rome, se rapetissa quand la législation impériale vint étendre les privilèges du sol romain au sol italique, et plus tard du sol italique aux terres barbares. Quoi qu'il en soit elle fut conservée, et avec elle demeurèrent la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et la tradition. *Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus* (1).

La mancipation et la tradition gardèrent, spécialement en matière de donation, l'importance qui leur avait été donnée par la loi *Cincia*. L'une ou l'autre fut toujours exigée, et sans l'un de ces deux actes extérieurs, les donations ne purent acquérir la validité (2). L'une et l'autre ne s'appliquaient qu'à des choses déterminées, et non à l'ensemble, à l'universalité des biens du donateur. Pour la donation, qui peut le plus directement offenser les droits des tiers, l'acte juridique qu'elle constitue commence et finit le plus souvent avec la tradition. Pour la donation d'un immeuble situé dans une province la tradition est toujours indispensable, quelle que soit d'ailleurs la condition juridique du donataire (3).

119. Parmi les institutions moins exclusivement juridiques, que les jurisconsultes purent retenir, au grand profit de la publicité des fortunes et spécialement des fortunes immobilières, il faut mentionner le Cens, dont l'importance politique diminua

(1) Ulpian, *Regulæ De Dominiis et Adquisitionibus Rerum*, XIX, 7.
(2) Pauli, *Sententiæ receptæ*, V. 11.
Vaticana Fragmenta. De Donationibus ad Legem Cinciam, § 266.
(3) *Fragmenta Vaticana*, § 293.

beaucoup pendant cette période, mais dont l'importance civile et économique ne diminua que fort peu.

La constatation officielle de la quotité des biens de chacun ne fut pas, comme pendant la République, le préliminaire et la loi de la distribution des droits politiques. A cela suffisait la volonté du prince. Mais, sans parler de l'estime générale qu'en ces temps on eut pour la richesse, il ne faut pas oublier qu'elle donnait naissance à des droits honorifiques (1) fort recherchés alors, car ils assuraient presque tous la satisfaction de quelque aspiration mauvaise, cupidité ou vanité (2).

Le cens subsista donc sous les empereurs; il se fit, ou du moins dut se faire tous les cinq ans: *Census*, dit un texte postérieur, *Census lustro conditur : est autem lustrum quinquennale tempus, quo Roma purgatur* (3).

Il se faisait à Rome. *Census autem Romæ agit solet* (4).

120. On comprend combien ce moyen de publicité, suffisant dans les commencements de la République, où presque tous les propriétaires se connaissaient, comme se connaissent entre eux les négociants de nos places de commerce, eût été impuissant lorsque la République fit du monde connu le monde romain, et que l'empire vint faciliter le mouvement des biens en égalisant les droits. La chose eût-elle été possible, à quoi eût servi aux populations des provinces, qu'à Rome on tînt note exacte des accroissements ou des diminutions de la fortune particulière de chacun? En recherchant pour l'Italie au moins l'explication de cette difficulté, nous la trouvons dans un détail de l'organisation municipale, dont l'histoire remonte assez avant dans la période précédente. C'est un point connu de tout le monde qu'à l'origine, chaque municipe, colonie ou préfecture se constituait ou était constitué, à l'image de Rome, lui empruntant sa forme politique, ses magistratures. Les municipes qui eurent des consuls sous le nom de *duumvirs*, des préteurs, des tribuns, eurent

(1) Juvénal, *passim*.. III, 140. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. IV, § 163.
(2) Juvénal. III, 155.
(3) *Dosithæi magistri disputatio forensis*, § 17, 19.
(4) *Ibid.*

aussi des censeurs. Il existait dans toutes ces villes un double cens: le premier se faisait avec l'intervention d'un magistrat romain : il consistait en une déclaration de revenus prescrite à ceux qui, jouissant du *jus Latii*, voulaient exercer à Rome des droits civils ou politiques. Le second cens se faisait dans le municipe même, la colonie ou la préfecture; c'était l'exacte reproduction du cens qui se faisait à Rome; un délai était rigoureusement imparti aux magistrats locaux pour parfaire cette opération (1). Enfin, point remarquable dans l'histoire de la centralisation, ils devaient le transmettre aux censeurs de Rome. De telle sorte qu'il est permis, sans exagération, d'affirmer que, de la capitale, les magistrats et les particuliers, par l'intervention des tribuns, pouvaient connaître l'état précis de la fortune d'un habitant de la Sicile ou de la Cisalpine.

Cet état de choses exista pendant la République. Sous les empereurs, l'importance décroissante du cens romain réagit sur le cens municipal, et le texte de Dosithée cité plus haut nous apprend que, dans les provinces, le cens abandonné fut remplacé par de simples rôles ou déclarations écrites nommées *professiones*, *censuales professiones*. « In urbe romanorum tantum censum agi notum est ; in provinciis autem magis professionibus utuntur (2) (ἀπογραφαῖς χρῶνται). »

121. Nous arrivons aux innovations des jurisconsultes.

Il nous a paru inutile d'entrer dans une longue justification de ceci: que, pendant la troisième période, les exigences du crédit en général s'élargirent et pour ainsi dire s'universalisèrent. Nous avons dit les causes sociales qui les empêchèrent d'obtenir satisfaction.

Les jurisconsultes, en plusieurs matières, contribuèrent à augmenter les exigences.

Par exemple, ils facilitèrent le mouvement des biens et leur

(1) Giraud. *Introduction historique aux éléments du Droit romain d'Heineccius*, p. 249, *et sur la généralité de cette loi qui nous est connue par la découverte de la Table d'Héraclée*, p. 250.

(2) L. 7, C. *de Donationibus*.

circulation, par l'introduction du principe qu'on peut acquérir le *dominium* et la possession, par des personnes que l'on n'a point sous sa puissance, mandataires, gérants d'affaires et autres (1).

En même temps, la nature de l'hypothèque fut modifiée; elle fut distinguée du gage par la dispense de tradition du fonds obligé (2). Cette réforme spiritualiste, favorable au développement juridique du système hypothécaire, nous paraît plutôt funeste au crédit, en ce qu'elle dépouilla la constitution de l'hypothèque de la seule publicité qui la portât à la connaissance des tiers. Cela eût été fort bon si un autre mode de publicité eût été imaginé; mais il n'en fut rien, et l'hypothèque, désormais, devint absolument secrète.

Cet inconvénient grave n'a pas échappé aux jurisconsultes, mais ils ne virent rien de mieux pour y parer que d'imiter les vieux Romains, et, sans les suivre dans leur sévérité d'anthropophages, à l'égard des débiteurs, ils édictèrent contre les stellionataires des peines terribles (3). Les petites gens qui se rendaient coupables de ce crime étaient condamnés aux mines; les autres, *qui sunt in aliquo honore positi*, avaient à subir la relégation temporaire et l'exclusion de leur ordre (4).

(1) V. *Institutes*. § 5. *Per quas personas nobis adquiritur*.
(2) Giraud. *loc. cit.* p. 319.
(3) V. Martou. *Commentaire de la loi belge du* 16 *déc.* 1851. t. I. n° 5.
(4) L. 3. § 2. D. *Stellionatus*.
L. 4. C. *de crimine Stellionatus*.

CHAPITRE CINQUIÈME.

ORIGINES HISTORIQUES : QUATRIÈME PÉRIODE. DE SÉVÈRE ALEXANDRE A CONSTANTIN.

122. Nous avons recherché quelles furent les conditions du droit de propriété foncière pendant les trois premières époques romaines. Arrivés à la quatrième et dernière de ces périodes, si nous voulons la caractériser d'un mot qui, en résumant ses caractères, contienne l'objet spécial de notre recherche, nous l'appellerons l'époque de la mort du droit.

Désormais, pendant trois siècles, le fait seul a vie et puissance : le droit est mort; mort comme science, il n'y a plus de jurisconsultes; mort comme notion morale, la société menacée par la force brutale n'a plus espoir et confiance qu'en la force.

Nous retrouvons encore comme causes de bouleversements les volontés bien ou mal dirigées du despote. Ne prenons pour exemple que le commencement et la fin (236): Maximin confisque pendant tout un hiver les terres de la Pannonie (1).

Écoutons maintenant le jugement porté sur le *restaurateur du monde* par un jurisconsulte historien : « Le droit de propriété fut l'objet d'une atteinte grave de la part de Constantin, et cette atteinte dut momentanément produire des effets fâcheux dans l'ordre civil. Après avoir rappelé de l'exil et rétabli dans leur rang et dans leur fortune tous ceux que ses prédécesseurs avaient bannis à cause de leur foi, non-seulement il leur fit rendre par l'État les biens confisqués et non encore aliénés, mais encore il contraignit les donataires, héritiers ou acquéreurs des biens confisqués ou aliénés, de les rendre à leurs anciens propriétaires. Ainsi, le désordre put être porté dans beaucoup de familles, car un long espace de temps s'était écoulé depuis ces spoliations.

(1) HÉRODIEN, ch. 13.

Les confiscations étaient alors admises par le droit public; et sur la foi de leur irrévocabilité, beaucoup de partages, d'établissements, de transmissions de toute espèce avaient pu se réaliser (1). »

On reconnaît par ces deux exemples la descendance des procédés contraires, et aussi malheureux, de la restitution, ou de la confirmation des dons faits aux dépens d'autrui ; celui d'Adrien et celui de Nerva.

122. Mais la grande plaie de cette époque, celle dont l'esquisse même est trop connue et serait trop vaste pour être permise dans notre travail, tous la nomment, ce fut l'immense mouvement d'invasion des barbares. C'est là le grand « principe d'anxiété publique, » la cause de despotisme et d'anarchie, « l'obstacle à la sécurité qui constitue une partie du bonheur social. » « Civilisation abattue, liberté anéantie, *sûreté perdue*, *propriété abolie*, et l'anxiété qui gagne le législateur lui-même (2). » Voilà ce que l'œil le moins passionné, l'œil du savant, aperçoit dans ces siècles. C'est assez dire quel fut le sort de la science de l'ordre, du droit.

Le sort du principal objet du droit, de la terre, fut-il meilleur ?

123. Pendant le troisième siècle, les campagnes couvertes de bandes inconnues, sont abandonnées, même par les esclaves. On donne partout l'ordre de détruire les blés, de chasser les troupeaux, et de se retirer dans les villes (3). Aurélien (273) fortifie Rome, mais il lui faut la nourrir, comme toujours. Un service de transports de blés régulier fut organisé par lui entre l'embouchure du Nil et l'embouchure du Tibre.

Cet Empereur eut à essuyer une aventure qui fait deviner ce que pouvait être alors la situation économique. Un jour, il voulut mettre un terme à la falsification des monnaies. Chose étrange, pour de faux monnayeurs, ils se soulevèrent ; et l'Em-

(1) M. Giraud, *Introduction historique aux éléments de Droit romain d'Heineccius*, p. 347.

(2) M. Giraud. *Ibid.*, p. 329.

(3) Chateaubriand. *Études historiques*. Premier discours.

pereur étonné leur ayant envoyé des légions, ils se battirent; et se battirent si bien, qu'ils lui tuèrent sept mille soldats.

Mais revenons à nos immeubles.

Quand les peuplades barbares suspendirent leurs incursions, on renvoya les esclaves dans les grands domaines. Là ils parvinrent à modifier leur condition civile, ils se changèrent en colons, sorte de serfs de la glèbe, différents à l'avenir des esclaves proprement dits (1). Cet acheminement vers l'émancipation des populations agricoles eût pu relever la terre de son avilissement et de sa stérilité. Les événements et la politique des Empereurs anéantirent l'agriculture indigène. A côté des paysans, ils admirent des barbares et apostèrent des soldats.

124. Probus assuma sur lui la lourde responsabilité de ce double et malheureux essai. En Thrace, il établit cent mille Bastarnes, peuple Scythique moins sauvage que le reste de leur race. Cet établissement, qui fait époque dans l'histoire des Slaves méridionaux, réussit, et au rapport de l'annaliste Vopiscus (2), la colonie s'accoutuma anx mœurs et aux lois romaines. Mais pour un succès, combien de tentatives malheureuses! Toutes les peuplades de Gépides, de Vandales, de Francs, que l'Empereur transplanta en différentes provinces, au lieu de labourer, se mutinèrent, coururent les terres, les mers, et fournirent, au lieu d'agriculteurs dont on avait besoin, des ennemis nouveaux à combattre. L'invasion légale donna naissance à la guerre, tout comme l'invasion brutale (3).

Aurélius avait protégé l'homme de la terre contre l'homme de l'épée. Les *Historiæ Augustæ* nous apprennent que ce maître sévère ne voulut pas que le soldat prît une seule poule au laboureur; il disait que les guerriers doivent faire couler le sang des ennemis et non les pleurs des citoyens. La maxime était belle, mais ce ne fut qu'une maxime. Des terroirs fertiles res-

(1) V. M. Naudet, t. I, p. 105. — Giraud. *Ibid.*, p. 330. — Code Théodosien, liv. V, tit. IX et suiv.

(2) Ch. 18.

(3) Chateaubriand. *Études historiques*. Premier discours. — Duruy. *Histoire romaine*. Ch. 31.

taient déserts. Probus, parvenu à une paix momentanée, imposa de rudes occupations à ses troupes oisives ; il leur fit dessécher des marais, et introduisit par elles la culture des vignes en Gaule, en Pannonie et en Moesie ; pour parler la géographie moderne, en Bourgogne et en Hongrie.

Mais tout cela venait du génie personnel de l'Empereur. La population rurale n'y mit pas la main, et les soldats, mécontents de trouver dans leur chef un agronome actif, recoururent à leur moyen ordinaire. Ils l'assassinèrent.

Quatre ans plus tard, Dioclétien, qui vécut si longtemps avec les hommes de sang germain, leur livra en Gaule de riches sillons. Inutilité.

Il sortit de là une révolution : « Aux misères de leur ancienne condition, dit M. Duruy, les paysans avaient vu se joindre les maux que leur imposaient la concentration des fortunes, la décadence de l'agriculture et le poids toujours plus lourd des impôts. A la fin du IIIe siècle, ils se soulevèrent, et si, après de longs efforts, Maximien parvint à tuer leurs chefs et à enlever les places où ils s'étaient fortifiés, il ne put donner à la Gaule qu'un repos momentané. Les Bagaudes se soulevèrent et ils ne disparurent que dans le tumulte et la confusion de la grande invasion » (1).

Le Droit civil fourmille de documents qui attestent, sous cette période, l'indifférence de l'homme pour le sol. La loi punit l'usurpateur ; mais le cas où le vrai propriétaire, par son incurie, appelle et excuse l'usurpation, se présente si fréquemment que Constantin établit une large exception d'immunité : « Invasor locorum pœna teneatur legitima ; si tamen vi loca eadem invasisse constiterit ; nam *si per errorem aut incuriam domini* loca ab aliis possessa sunt : sine pœna possessio restitui debet (L. 5, C., *Unde vi*).

Tels furent les faits qui influèrent sur la valeur du sol.

125. Suivons dans les institutions et les lois positives l'effort de résistance que les empereurs opposèrent aux causes de désorganisation.

(1) *Histoire romaine*, ch. 32.

Les jurisconsultes ne sont plus là. Livrées à des hommes qui tendent à négliger de plus en plus les traditions du passé, les lois positives, se modifiant, ne protégent plus les intérêts d'une société défunte et ne répondent pas encore aux besoins de la société qui va naître bientôt.

Ainsi, des trois classifications originaires des hommes, des droits et des choses, il ne reste plus rien.

Depuis Caracalla tous les sujets de l'empire ont la même capacité juridique.

Le droit des Quirites et le droit des Latins sont confondus.

La distinction des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* est abandonnée. Il n'existe plus aucune différence entre les fonds de terre situés en Italie et ceux des provinces.

Une autre division apparaît, où se fait voir l'intelligence non de ce qu'est, mais de ce que peut être la terre; on attache plus d'importance à la distinction des choses en mobilières et immobilières.

L'hypothèque devient d'un usage très-commun ; elle est souvent tacite et légale. Comme moyen de crédit elle décroît encore; le secret qui l'entoure devient plus impénétrable qu'il ne l'a été pendant la période précédente.

L'obligation *litteris*, qui portait en elle une véritable publicité de fait, devient un lointain souvenir d'histoire ancienne.

La tradition conserve son nom, mais elle perd ses formes extérieures et ses effets juridiques. Ceux qu'elle conserve ne se produisent que par exception, en matière de dot par exemple. Ainsi, un immeuble ne peut devenir dotal que par la tradition (1).

Mais, en général, le simple abandon équivaut à la tradition, quand il est fait avec l'intention formelle qu'une autre personne acquière la propriété, et peu importe que cette personne soit déterminée ou indéterminée, connue ou inconnue (2).

Justinien finit par poser en principe que la simple promesse

(1) L. 5, D. *Soluto matrimonio.*

(2) L. 5, D. *Quæ in fraudem.*—L. 9, § 7, *de Adquirendo rerum dominio.*— § 46, *Inst., de rerum divisione.*

de tradition, sans aucunes formalités, donne ouverture à une action (1).

126. Des institutions politiques et sociales, celle qui surtout fit connaître à tous la solvabilité réelle de chacun, le cens, partagea la destinée de toutes les autres institutions du monde romain. Il chancela d'abord et finit par tomber. Décius, ce Slave qui chercha un remède aux maux de l'empire dans les lois du passé, comprit l'utilité du cens et s'efforça de le rétablir. Un homme éminent, Valérien, fut choisi non par lui, mais bien par le Sénat, et nommé censeur. Cette charge était devenue impossible à exercer et si elle subsiste, ce n'est plus désormais que comme titre honorifique. Constantin nomme encore un censeur. Pour faire comprendre de quelle utilité pratique fut cette nomination, il suffit de dire qu'elle tomba sur le frère de l'Empereur, Dalmace. A partir de ce jour la chose et le nom même ne reparaissent plus.

Il est certain que, depuis des siècles, la censure s'en allait. Il est certain en même temps que les Empereurs qui en voyaient l'utilité positive au point de vue économique et fiscal, firent tout pour la remplacer, ne pouvant la maintenir.

Pour en arriver là, ils tâtonnèrent longtemps.

L'un essaie d'un récensement général des propriétés; il est payé par une révolution (2).

Un autre, presqu'en même temps, crée une voie de publicité nouvelle pour remplacer celles qui périssaient dans le désordre de toutes choses. Il choisit de tous les actes de la vie civile celui qui prête le plus à la fraude et aux abus, la donation, et la soumet à la publicité. Seulement, au lieu de livrer ce soin à une magistrature devenue une abstraction, il en confie la réalisation à l'intérêt individuel.

C'est cette institution de la fin de l'empire que nous avons choisie pour objet spécial de cette étude.

(1) L. 35, § 5, *Cod. de Donationibus*.

(2) Chateaubriand, *Études historiques*. Premier discours.

DROIT ROMAIN.

XX

DE L'INSINUATION DES DONATIONS

127. Nous divisons cette étude en trois chapitres. Nous examinerons :

Dans le premier, la nature et les formes de l'insinuation ;

Dans le second, pour quels actes elle est nécessaire ;

Dans le troisième, quels sont les effets de l'insinuation et ceux du défaut d'insinuation.

CHAPITRE PREMIER.

NATURE ET FORMES DE L'INSINUATION.

128. « Parmi les successeurs de Dioclétien, dit M. Giraud, le « seul Constance Chlore arrête l'attention de l'historien du « droit. Il introduisit l'*insinuation* des donations. »

Cette institution est mentionnée pour la première fois dans un édit de Constantin de l'an 316, mais qui en parle comme d'une chose déjà connue (1). Une autre loi rendue, l'an 319, par le même Empereur, attribue formellement l'introduction de l'insinuation à Constance Chlore. A partir de ce moment, deux tendances du législateur se produisirent et se succédèrent l'une à l'autre, la première vers l'extension, la seconde vers la restriction de la publicité.

Constance Chlore avait dispensé de cette formalité les *personæ exceptæ* de l'ancien droit; Constantin, comme nous le savons par plusieurs textes du Code Théodosien (2), abolit cette dispense et imposa à tous la nécessité de l'insinuation. Les textes cités se bornent sans plus de développement à confirmer ce principe.

Un siècle plus tard (428), une restriction nouvelle apparut, procédant, non plus comme la première, des traditions de l'ancien droit, mais d'un principe nouveau: la donation *ante nuptias* inférieure à deux cents *solidi* est dispensée de l'insinuation.

Justinien, en 529, étendit cette dispense à toutes les donations inférieures à trois cents (3), puis, en 531, à toutes les donations inférieures à cinq cents *solidi*.

A partir de ce moment, le principe que nous avons à étudier

(1) *Fragmenta Vaticana*. § 249.
(2) L. 3, 5, 6, 8. *De Donationibus*.
(3) L. 34. C. *De Donationibus*.

se résume ainsi: toute donation dont la valeur excède cinq cents *solidi* est soumise à l'insinuation judiciaire.

129. Quelle est la nature de l'insinuation?

Pour résoudre cette question, il faut d'abord éliminer les considérations accessoires qui ont pu contribuer à faire naître cette institution. Sans doute, elle n'est point dégagée de toutes préoccupations fiscales; mais là n'est point ce qui doit nous arrêter.

M. de Savigny considère l'insinuation presque exclusivement comme une *restriction* aux donations (1). Il la rattache directement aux anciennes dispositions de la *loi Cincia;* il la place souvent à côté de la prohibition des donations entre époux; pour lui, l'insinuation est bien une formalité, mais une formalité destinée à sauvegarder et sanctionner une restriction au droit de donner, édictée par conséquent dans l'intérêt exclusif du donateur et de ses héritiers. En aucun lieu, il ne paraît la considérer comme une institution de crédit ou de publicité, destinée à protéger les tiers contre les inconvénients de la clandestinité.

Ce que le grand jurisconsulte allemand a vu dans l'insinuation, s'y trouve en effet; mais ce qu'il ne semble pas y avoir aperçu ne s'y trouve pas moins.

130. Les motifs à invoquer à l'appui de cette proposition se tirent de l'histoire et des textes.

Notre exposé historique avait pour but de mettre en lumière le lien qui unit entre elles les institutions qui ont favorisé le crédit, en commençant par la mancipation et en finissant par l'insinuation, dont la naissance est contemporaine de l'abolition du cens, et de la décadence juridique de la *traditio*. Ce rapprochement qui a bien son importance fournit une explication doublement profitable pour l'intelligence des deux institutions.

Mais les premiers textes qui organisèrent l'insinuation, ne permettent pas de douter que l'intérêt des tiers, souvent lésé

(1) Pour s'en convaincre, il suffit de lire les rubriques des paragraphes où l'auteur s'occupe de l'insinuation (145-146).

par des conventions secrètes, n'ait préoccupé fortement l'esprit des rédacteurs. Je prends la constitution la plus ancienne, celle de l'an 316. Dans le préambule, Constantin expose quels sont les maux auxquels il veut remédier. Or, s'il mentionne l'excès des donations, ce qui appelait une mesure restrictive, il n'oublie pas l'intérêt des tiers qui exigeait une mesure de publicité. Passant à l'établissement des formalités de l'acte, le législateur indique encore que ce n'est pas seulement à une générosité exagérée des donateurs qu'il s'attaque, mais encore aux fraudes et à l'instabilité souvent ruineuse qui naissent du secret des donations. « In iisdem conscribendis præcipue nomen donatoris, jus ac rem notam proscribatur; tum ab utroque jure compleatur, neque id *occulto* aut per imperitos; aut *privatim:* his enim rebus sæpe *clandestina fraus*, et quæ facta sunt infecta, et inducta quæ scripta sunt simulans, aliisque ac dehinc aliis largiendo ac donando, ac sæpe vel dando multas habendi spes allectos concurrere in expugnanda sibi proprietate impulit. »

Cette pensée de publicité générale perce surtout dans les dernières lignes de la constitution, et nous pouvons la suivre jusque dans les fragments mutilés qui la terminent :

....flare cum futuris jus p.....
....quæ ut omnes cognosc.....

131. Enfin, le progrès des formalités imposées à l'insinuation s'accomplit dans le sens le plus favorable à l'intérêt des tiers L'empereur Léon (1), tout en maintenant l'insinuation, avait laissé une liberté trop grande aux parties de choisir dans les provinces le lieu de l'insinuation. On comprend combien s'en augmentait pour les tiers la difficulté des recherches promptes et sûres. — Anastase, pour corriger ce vice, fait une loi à tous ceux qui requerront, ou feront à l'avenir une insinuation, de s'adresser au *magister census* (2), nom significatif qui justifie, ou corrobore

(1) L. 30, C., *De donationibus*.
(2) L. 22, C., *De donationibus*. Cette disposition ne s'appliquait qu'à la seule ville de Constantinople.

tout au moins, ce que nous avons dit de l'importance du cens relativement aux mutations.

Le dernier argument que j'invoquerai pour établir que l'insinuation ne put pas être simplement une mesure de prohibition indirecte contre les donations abusives, c'est que, le mal existant, la mesure telle qu'elle se présente eût été absolument inutile à l'origine, puisqu'elle demeura assez longtemps livrée à la volonté des parties. Quand elle devint obligatoire, elle resta fort insuffisante comme restriction, puisqu'après tout le législateur n'aurait élevé aucun obstacle insurmontable à la confection de l'acte et qu'il se serait borné à en augmenter les embarras. Il ne nous est pas donné d'apercevoir pourquoi il aurait procédé ici en édictant une *lex imperfecta* quand il pouvait, dans la mesure qu'il eût trouvée juste, établir une prohibition absolue, comme il le fit pour la légitime et pour la donation entre époux.

Tels sont les arguments à l'appui de la doctrine qui soutient que le législateur romain, en organisant l'insinuation, s'est préoccupé sans doute de l'intérêt du donateur et de ses héritiers, mais qu'il s'est préoccupé encore de l'intérêt des tiers.

132. Un second caractère de l'insinuation, c'est qu'elle constitue une formalité intrinsèque et essentielle. Nous examinerons ce point important quand nous serons arrivés aux effets de l'insinuation (chapitre 3).

L'insinuation est une formalité qui puise en elle seule toute sa vertu juridique et qui elle seule, parmi les formalités extérieures bien entendu, suffit pour donner à l'acte principal un caractère définitif et une existence inattaquable. Cela est vrai sous la législation Justinienne qui, pour les donations importantes, exige l'insinuation et rien de plus (1). Un auteur, dans un travail spécial, a soutenu que l'insinuation ne produisait ses effets qu'autant qu'elle était accompagnée de la présence de témoins. Il s'appuie sur ces mots de l'édit des empereurs Théodose II: *adhibitis aliis idoneis documentis.* Mais d'abord, le mot *documentum* signifie *preuve* et non *formalités* ou *témoignages per-*

(1) M. Marezoll, *Ueber die Insinuation der Schenkungen*, p. 179-189.

sonnels. Et, d'ailleurs, nous devons ne chercher la prétendue nécessité des formes autres que l'insinuation que dans l'édit de Constantin rapporté au Code. Or, cet édit est absolument silencieux sur ces trois témoins.

133. Nous examinerons :

A. Comment l'insinuation doit être faite.

B. Devant quel magistrat elle doit s'accomplir.

C. Par qui elle peut être requise.

134. **A**. Comment l'insinuation doit-elle être faite?

L'insinuation doit être faite de telle sorte qu'il s'ensuive une publicité réelle et sans équivoque.

Il faut donc que l'acte insinué contienne le nom du donateur, le nom du donataire, la désignation précise de l'objet donné.

L'insinuation est la confection d'une copie authentique de l'acte présenté, accompagnée d'un protocole judiciaire dressé par le magistrat d'après la déclaration des parties (1).

135. **B**. Devant quel magistrat l'insinuation doit-elle se faire?

Plusieurs textes du *corpus juris* répondent à cette question, mais de différente manière, suivant l'époque où ils ont été promulgués. L'insinuation elle-même, ayant tout d'abord été une mesure non obligatoire, à laquelle les particuliers pouvaient, de leur propre et privée volonté, se soustraire, il est assez naturel que le législateur ait laissé aux parties une très-large part de liberté dans le choix du magistrat qui devait recevoir l'acte insinué. A mesure que l'institution prit de l'importance, cette liberté tendit à s'amoindrir, et l'indication législative du magistrat compétent devint de plus en plus déterminée et obligatoire. Sous Constantin, l'insinuation elle-même est positivement ordonnée, mais il n'existe pas encore de règles fixes sur la compétence du magistrat qui doit la recevoir. L'objet de la donation, le lieu où il est situé, n'ont aucune influence; que la donation soit insinuée, voilà ce qui seulement est nécessaire ; peu importe d'ailleurs le lieu où elle l'est : « Gesta autem confici super rebus

(1) Savigny, *Traité de Droit romain*, § 166.

etiam alibi collatis ubicunque sufficit (1). » Du moment où la la personne devant qui l'insinuation est faite a qualité pour lui donner l'authenticité, l'opération est valable et entière. La compétence dépend de la qualité d'homme public en général.

135. La première restriction à cette règle fut portée par l'empereur Léon. D'après la règle nouvelle, l'insinuation peut toujours se faire en tout lieu. La considération qui porte l'Empereur à maintenir ce principe est celle-ci : que le donateur étant maître de faire la donation même, est encore maître d'en accomplir les formalités légales, là où il le préfère.

« Atque ut ipsa donatio sita est in voluntate donantis, ita ei liceat donationem suam apud quemcunque ex memoratis voluerit intimare et hæ donationes, quæ in diversis provinciis, et civitatibus apud quemlibet ex prædictis fuerunt publicatæ, obtineant inconcussam ac perpetuam firmitatem. »

Mais, quant à la compétence du fonctionnaire, une restriction importante pour la ville de Constantinople est édictée. Là, l'insinuation ne se peut plus faire que devant le *magister census*. D'ailleurs, une donation faite dans la capitale peut encore être insinuée dans un autre lieu. Rien n'est changé pour les provinces. On peut faire insinuer les actes devant le *rector provinciæ ;* que celui-ci soit présent, qu'il soit absent ; on le peut encore devant les magistrats, devant le *defensor plebis*, ou devant le *moderator provinciæ* (2).

Le même monopole de compétence fut établi en faveur du *Juridicus* d'Alexandrie, pour les insinuations que les parties désireraient faire dans cette ville.

(1) L. 27. C. *De donationibus*. Dans une thèse soutenue le 2 mai 1805, devant l'Université de Leipsig, le candidat, Auguste Einert, approfondit ce point de droit, le seul d'ailleurs dont il s'occupe. Il développe l'opinion absolue, qu'à toute époque l'insinuation doit se faire, à peine de nullité, devant un magistrat déterminé. Les textes que nous citons paraissent rendre nécessaire les distinctions introduites.

Voir A. Einert. *De donatione immodica coram competente judice insinuanda.*

(2) L. 30, C. *de Donationibus*.

L'empereur Anastase fit un pas de plus dans la même voie. Il voulut que tous les actes de donation dressés à Constantinople fussent insinués à Constantinople, et non ailleurs. Et, dans cette ville, le *magister census* resta seul compétent. Une peine pécuniaire, et des menaces vagues, mais énergiques, sont renfermées dans la loi contre les parties, les magistrats ou les témoins qui, à l'avenir, requerraient ou recevraient une insinuation au mépris de ce qu'elle commande, « scientibus, tam his, qui ad hujuscemodi insinuationem pervenerint, quam his, qui eam susceperint, nec non tabellionibus quicunque testimonium suum non in competenti (ut dictum est) loco vel judicio præbuerint, vicenarum librarum auri multa, et alia gravissima indignatione se esse feriendos (1). »

137. La faculté laissée aussi aux particuliers de choisir le lieu de l'insinuation et le magistrat à leur convenance, avaient pour moindre inconvénient, on le conçoit, d'augmenter la difficulté des recherches. Le contrôle tenté par un vendeur, un acheteur, un prêteur de la fortune de son cocontractant, était nécessairement long, incertain et coûteux. Toutefois, il est permis de conjecturer que, dans chaque ville, il existait un endroit unique où toutes les insinuations se faisaient; sans doute la présence d'un homme public était indispensable, mais ce magistrat, une fois choisi par les parties, devait se rendre au bureau des insinuations, comme nous dirions aujourd'hui si la chose existait; ou bien, s'il pouvait recevoir la copie de l'acte et l'authentiquer partout ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le dépôt qu'on en faisait parmi les actes publics ne dût être fait en un lieu unique dans chaque ville.

Dans une constitution assez curieuse (Novelle XV, chap. 3), Justinien déclare qu'à l'avenir le seul magistrat qui aura qualité pour recevoir l'insinuation sera le *defensor*. D'après les motifs fournis à l'appui de cette réforme excellente, on peut voir qu'elle fut amenée par les inconvénients résultant ou de la trop grande influence des hauts personnages, ou de l'irascibilité, prompte

(1) L. 32. C. *de Donationibus*.

aux refus, des juges chargés de recevoir les insinuations et de les produire à ceux qui les demandaient. Cela n'est pas contraire à la supposition de l'existence d'un dépôt unique :

« .. Et agi apud defensores, testamentorum et donationum, et quicquid aliud est monumentorum proprium : non valente clarissimo provinciæ judice prohibere quod agendum est, aut præcipere, quia non velit aliquid agi, aut actum non edi; non enim hujusmodi alicujus ei omnino potestatem damus, absurdissimum existimantes, necessàriis rebus cedere homines propter judicum forte irrationabiles motus atque præceptiones, sed etiam agere quæcunque voluerit et edere : et licet quod agitur tangat provinciæ præsidem, aut quemlibet potentium, neque hoc prohibere. »

Sous Justinien le seul magistrat compétent pour recevoir l'insinuation est donc le *defensor plebis*.

Le magistrat est forcé de donner à l'acte la formalité demandée; n'étant pas libre de la refuser, il n'est pas responsable des effets qu'elle entraîne. Un seul cas existe où il pourrait dénier son concours, celui où il reconnaîtrait que l'acte a un but illégal.

138. **C.** Par qui l'insinuation peut-elle être requise?

Le principe général qui répond à cette question est celui-ci : que la formalité qui nous occupe peut être demandée par tous ceux qui ont intérêt à ce qu'elle soit remplie.

En première ligne figure le donateur; le respect que chaque homme éprouve pour tout ce qu'il veut librement sans violer la loi, est le fait justificatif de cette proposition. Ce premier motif est purement philosophique. Il en existe un autre qui ne l'est pas moins, mais que la raison juridique confirme. Toutes les fois que la loi permet un acte, elle ouvre à celui qui le peut accomplir tous les moyens de le rendre valable; l'insinuation étant nécessaire à la validité de la donation, il doit être et il est au pouvoir du donateur de la requérir.

Le donataire jouit du même droit: les raisons invoquées à propos du donateur lui sont applicables, puisque, comme lui, il est partie à un acte permis par les lois, dont sa volonté est un

élément essentiel. Le donataire a de plus un intérêt positif et, pour ainsi parler, matériel : devenir certain que la propriété des objets donnés lui est acquise définitivement et s'assurer contre les retours de la versatilité, ou contre les changements que l'avenir pourrait apporter, et la raison justifier au moins en partie.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES ACTES POUR LESQUELS L'INSINUATION EST NÉCESSAIRE.

139. Nous nous occupons de l'insinuation, spécialement en ce qui concerne les donations. Nous signalerons rapidement, dans notre seconde partie, les autres actes soumis à cette formalité.

Quant aux donations, pour reconnaître les cas précis où il y a lieu à l'insinuation, il faut s'appliquer à reconnaître :

1° Quels actes constituent une donation en général ;

2° Parmi les donations, quelles sont celles qui sont soumises à l'insinuation ;

3° Quelles sont celles qui en sont dispensées par une exception particulière.

SECTION PREMIÈRE.

QUELS ACTES CONSTITUENT UNE DONATION ?

140. Dans les textes, même des jurisconsultes de notre troisième période, le mot *donatio* a une double signification qui, si elle n'était bien comprise, pourrait entraîner à de graves et fréquentes erreurs. Il a une acception large que l'on peut traduire par le mot français, libéralité ; elle comprend différents actes en dehors de notre étude. Ce premier sens indéterminé vient de l'origine même de l'expression qui, empruntée à la vie commune, conserva un certain vague en passant dans la langue du droit (1).

L'autre acception, rigoureuse, juridique, qui entraîne l'appli-

(1) Voir. L. 5, § 8-18.—D. *De Donat. inter virum et uxorem.*—L. 18-31, § 1. *Eod.*— L. 3. *Pro Donato.*—L. 25. *De Donat. inter virum et uxorem.* —L. 23. pr. *de Donat.*

cation des règles sur l'insinuation, est celle dont il nous importe de bien fixer la portée (1). Nous pourrons dans cette recherche des caractères de la *donatio*, *stricti sensus*, en ce qui concerne l'insinuation, nous aider des textes du Digeste antérieurs à l'existence de cette formalité. Car s'il est évident que les jurisconsultes classiques n'ont pu avoir en vue l'institution qui nous occupe, il est presque aussi certain que les principes établis par eux pour l'application à la vraie *donatio* des règles positives en vigueur de leur temps, restent vrais relativement à l'insinuation. — Les arguments invoqués contre cette proposition reposent sur la confusion des deux sens du mot *donatio* (2).

141. Cela posé, recherchons quels sont les caractères que doit réunir la *donatio*, *stricto sensu*, pour mériter juridiquement ce nom et pour rendre utile l'insinuation. Ces caractères, sur chacun desquels nous aurons à nous arrêter, peuvent se résumer ainsi : pour qu'il y ait lieu à l'insinuation des donations, il faut qu'il existe un acte entre-vifs contenant aliénation et emportant enrichissement de l'acquéreur suivant l'intention conforme de l'autre partie.

I. — 142. Il faut, en premier lieu, qu'il existe un acte juridique. Une simple omission, à moins qu'elle ne cache un acte réel et positif, ne peut valoir comme donation proprement dite entraînant la nécessité de l'insinuation. Simple omission, disons-nous, et à ce propos il faut prendre garde de ne pas confondre l'omission, qui est l'absence de tout acte, avec la renonciation sur laquelle nous reviendrons plus bas (§ 3) et qui, elle, renferme un fait négatif, ayant pour cause génératrice un acte positif.

Il est un second cas où l'omission est considérée comme une donation, donation d'argent indirecte et déguisée ; c'est le cas où à elle seule, et sans autre cause auxiliaire, elle procure un bénéfice

(1) V. Dig. L. 21. pr. *de Donat. int. vir. et ux.* — *L.* 31, § 6-7. *Eod.* — L. 2. *De Donat.* — L. 18. *Quæ in fraudem.*

(2) Voir à l'appui de cette dernière doctrine MUHLENBRUCH. *Doctrina Pandectarum*, § 545.

immanquable. Ainsi, il faut considérer comme une aliénation l'extinction des servitudes par le non-usage (1).

143. Mais que décider pour le cas où le propriétaire d'une chose souffre qu'un tiers s'en empare au moyen de l'usucapion?

Ici, quatre cas sont à distinguer : ou bien la propriété n'est connue d'aucune des parties, et alors il est certain qu'il n'existe pas de donation; ou bien la propriété est connue seulement de celui qui souffre l'usucapion. On serait tenté d'assimiler ce cas à l'abandon d'une servitude par le non-usage ; ce serait à tort. En effet, l'extinction de la servitude dépend de la seule inaction de celui qui pourrait l'exercer et qui s'abstient, tandis que le résultat favorable de l'usucapion, pour celui qui usucape, ne dépend pas seulement du propriétaire. Un tiers pourrait déposséder le premier, et quant au second, s'il intentait une action en revendication, il pourrait être évincé soit faute de preuves, soit par erreur du juge. Nous pensons que, dans ce cas, il n'y a pas de donation. Un argument doit être ici signalé pour mémoire. On pourrait encore nier l'existence de la donation en disant que toute donation résulte d'un concours de volontés et que l'ignorance du bénéficiaire rend ce concours impossible. Tout en maintenant notre solution, nous n'invoquons pas ce dernier motif, car nous tenons pour vrai que la donation peut fort bien être un acte unilatéral pouvant devenir parfait même à l'insu du donataire. Le Digeste nous en fournit plusieurs exemples (2).

Nous arrivons au troisième cas. La propriété est connue de celui qui usucape et non de celui qui supportera les conséquences de l'usucapion. Un tel acte constitue-t-il une donation ? Évidemment non, car la volonté du donateur, élément essentiel de toute donation, n'existe pas.

(1) L. 28. Dig. *De Verborum significatione*.— L. 3, § 1, et L. 4. D. *Quæ in fraudem*.

(2) L. 9, § 1 ; L. 33, *in fine* ; L. 43, § 1, *de Jure dotium* ; L. 5, § 5, *de Doli mali exceptione*. L. 1, § 13. C. *de Rei uxoriæ actione*.— L. 14, D. *de Donationibus*. L. 2, *in f.* C. *de Rei vindicatione*.— L. 91, *de Solutionibus* ; L. 8, *in fine, de Novationibus* ; L. 13, § 10, *de Acceptilatione*.—V. surtout L. 10, D. *de Donationibus*.

Enfin, supposons que la propriété soit connue du propriétaire et du possesseur. La mauvaise foi de ce dernier n'empêcherait pas seule l'usucapion, puisque le propriétaire consent à la continuation de la possession. La question est de savoir si, une fois l'usucapion consommée, l'insinuation est nécessaire pour rendre inattaquable la nouvelle propriété. On pourrait croire que dans ce cas la libéralité vient d'une simple omission du donateur ; mais, en réalité, elle résulte d'un acte positif; seulement, cet acte est caché. Voici, en effet, ce qui a lieu : les deux parties connaissant le droit du propriétaire, celui-ci peut aussitôt recouvrer la possession; mais comme il renonce à cette faculté, cela constitue une vraie donation. On suppose que le possesseur a restitué la chose au propriétaire et l'a reçue immédiatement de ses mains. Cette combinaison produit les mêmes effets en cas de vente. La loi 21, § 1. D. *de acquirendo rerum dominio* nous en fournit un exemple.

144. Les lois romaines ne contiennent pas de décision expresse sur la doctrine à suivre en matière de prescription des actions. Pour voir dans cette omission une donation, on cherche à établir qu'il y a aliénation et l'on invoque deux textes. L. 3, § 1 D. *quæ in fraudem*, et L. 1, § 7, 8, *si quid in fraudem*. Ces lois prévoient le cas où un débiteur insolvable laisse volontairement prescrire une créance à lui appartenant, et décident qu'alors l'action Paulienne ou l'action Favienne peuvent s'exercer contre le débiteur libéré. Donc, cette inaction du débiteur est considérée comme une aliénation à laquelle il suffit d'ajouter l'*animus donandi* et la solvabilité du créancier, pour en faire une donation soumise aux règles ordinaires de cet acte. Le même système ajoute, en réponse à un argument de la doctrine contraire, que sans doute le payement ou la novation d'une obligation naturelle ne constitue pas une donation, mais qu'il ne faut pas renverser les termes de la proposition et dire que le changement d'une obligation civile en obligation naturelle, produit par la prescription de l'action, ne doit pas davantage être considéré comme une donation. Sans doute, dit-on, l'obligation naturelle, sans parler des moyens de contrainte accidentels, a sa sanction

dans la loyauté du débiteur; aussi, le paiement volontaire ou la novation d'une obligation naturelle est en général considérée non comme une donation, mais comme un paiement ordinaire. Mais quand l'*animus donandi* existe, quand le créancier laisse volontairement accomplir la prescription, et fait, sous cette forme, remise de sa créance, le débiteur n'a plus de motifs pour acquitter volontairement sa dette.

Cette opinion n'est pas, selon nous, celle qui doit être adoptée. Tout en passant condamnation sur le motif mis en avant pour repousser la raison tirée de l'obligation naturelle, il reste des arguments décisifs à la doctrine qui soutient que la prescription d'une action, soufferte volontairement par le créancier, ne peut pas constituer une donation.

145. Et d'abord, l'argument tiré des lois 3, § 1, *Quæ in fraudem*, et 1, §§ 7-8, D. *Si quid in fraudem*, repose sur une analogie qui n'est pas décisive, car la mauvaise foi du débiteur (action Paulienne), ou de l'affranchi (action Favienne) peut très-bien motiver une rigueur plus grande.

La véritable analogie doit être recherchée dans l'usucapion; rien n'arrête le cours de la prescription, et le débiteur acquiert réellement la *temporalis præscriptio*.

De plus, *l'enrichissement indirect* du donataire qui doit être certain, à peine de non-existence de la donation, manque précisément ici de cette certitude; car si l'action peut être intentée, son résultat est toujours douteux.

Nous croyons donc que la prescription d'une action ne constitue jamais une donation proprement dite soumise à l'insinuation; et nous étendons cette solution au cas où la prescription court, à la connaissance du créancier et du débiteur, ce que nous n'avons pas fait pour l'usucapion. Le motif de cette différence est que le cas où l'interruption de la possession arrête l'usucapion commencée, ne peut pas se présenter pour la prescription des actions.

146. Il en est autrement quand le titulaire d'un droit ou bien laisse volontairement repousser une action par une exception de son adversaire; c'est-à-dire néglige d'opposer à l'exception une

défense fondée en droit; ou bien encore quand il se laisse condamner faute de présenter une exception légitime. En effet, ce sont deux moyens indirects de remettre une dette ou d'en contracter une pour enrichir son adversaire. L'acte positif qui existe ici, n'apparaît pas tout d'abord; il se confond dans la procédure entière, acte essentiellement positif et indivisible, que le donateur *dirige* de façon à perdre son procès (1).

II. — 147. Le second élément nécessaire à l'existence de la donation est que l'acte qui l'établit soit un acte entre-vifs.

Il est un certain nombre d'actes qui se trouvent évidemment en dehors et qu'il est impossible de confondre avec la donation pour les soumettre à l'insinuation. Exemples:

Toute succession à cause de mort est exclue de la classe d'actes soumis à cette formalité. Le droit positif et la raison sont d'accord pour consacrer cette exclusion.

Il n'y a pas là don volontaire d'une chose que le propriétaire pourrait retenir. Dans la succession naturelle, il n'y a même aucun acte personnel. Aucun danger n'existe, ni pour le propriétaire, ni pour ses héritiers, ni pour les tiers, qui, indépendamment de la constatation facile du décès, sont suffisamment garantis par les dispositions spéciales à cette matière.

148. Pour ce qui est de la succession testamentaire, qu'un texte semble appeler du nom de *donatio* (2), il en est de même que pour la succession naturelle, et ici encore font défaut plusieurs caractères essentiels de la donation. S'il y a là un acte personnel du disposant, on ne saurait y trouver l'accroissement d'un patrimoine au profit d'un autre, car le patrimoine reste le même, seulement il change de sujet; on n'y saurait voir davantage l'enrichissement certain du bénéficiaire, car la succession transmise peut se réduire à zéro, ou même être onéreuse le jour où elle s'ouvrira.

Quoique l'enrichissement soit plus probable en cas de legs,

(1) V. applications de ce principe. — L. 5, § 7. D. *De Donat, int. vir. et uxor.* — L. 3, § 1. *Quæ in fraudem.* — L. 1, § 7. *Si quid in fraudem.*

(2) L. 30 pr. D. *ad legem Falcidiam.*

et qu'une double définition qualifie une semblable disposition de *donatio* (1), il n'en est pas moins certain qu'elle ne constitue point une donation véritable, et aucun jurisconsulte ne lui a appliqué la règle de l'insinuation. Les autres motifs invoqués à propos de la succession testamentaire peuvent l'être également en cette matière.

149. La *mortis causa capio* est un moyen d'acquérir à cause de mort, que l'on pourrait appeler une disposition innommée, qui ne rentre ni dans la classe des successions, ni dans celle des legs, ni dans celle des fidéicommis (2). L. 31, pr. D. *De mortis causa Donationibus.*

Un testateur lègue 10,000 sesterces à Primus, à la condition d'en donner 4,000 à Secundus. Celui-ci recueillera 4,000 sesterces par la *mortis causa capio*. Ici le résultat est le même que si on avait fait deux legs directs.

D'autres fois, le *mortis causa capiens* ne reçoit rien des biens du testateur. Ainsi, lorsqu'un individu est désigné pour recevoir de l'un des esclaves du *de cujus* une somme, moyennant quoi l'esclave sera affranchi.

De semblables dispositions, nécessairement fort variées, se rapprochent de la donation en ce que pas plus qu'elle, elles ne sont soumises à la loi Falcidie (3). Mais, du reste, la *mortis causa capio* n'est jamais une donation véritable dans le sens strict du mot. Et par suite elle n'est pas sujette à insinuation (4).

150. La *mortis causa donatio* doit nous arrêter plus longtemps. Ce mode de transmission des biens a quelque chose d'obscur et de douteux dans sa nature (5). On peut la définir : une disposition qui, bien que née d'un acte entre-vifs, d'un contrat, ne devient certaine et ne produit d'effets qu'à la mort du disposant.

(1) L. 36 D. *de legatis* 2° et § 1. *Inst. de Legatis.*

(2) Voir sur l'histoire de cette disposition : Marezoll. *Institutionen des rœmischen Rechtes.* Leipzig, 1862, p. 596.

(3) L. 44. D. *Ad legem Falcidiam.*—V. Mulhlenbruch. *Doctrina Pandectarum,* § 759.

(4) L. 38. D. *de Mortis causa Donatione.*

(5) Marezoll. *Institutionen des rœmischen Rechtes.* Leipzig, 1862, p. 589.

Cette définition a pour avantage de renfermer dans ses termes les deux grandes variétés de son objet. Il y a *mortis causa donatio :* 1° lorsqu'en vue d'un péril déterminé, on donne une chose à un tiers en lui en transférant immédiatement la propriété, qu'il doit conserver si le donateur succombe, ou restituer s'il échappe au danger. C'est la donation de Télémaque à Pyræus, citée dans le *Corpus juris* (1); 2° lorsque, par crainte générale de la mort et sans le voisinage d'un danger particulier, l'on donne une chose sur laquelle le donataire n'acquerra un droit qu'après la mort du donateur.

Mais si la définition fournie est complète, il s'en faut de beaucoup qu'elle suffise à nous faire connaître la vraie nature de la *mortis causa donatio*. Durant la grande période de la jurisprudence romaine, une controverse divisa les jurisconsultes sur le point de savoir si on devait la considérer comme convention ou comme legs. Paul (L. 37, § 3, D. *de mortis causa donationibus*) se prononça pour la convention. Julien et Ulpien soutinrent que c'était un legs. (L. 17. — L. 37, pr., *D. de Mortis causa donationibus*. L. 1, § 1. *D. si quid in fraudem patroni.* L. 3, § 17. D.) « Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas, legatis comparatas : quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum. »

151. Justinien trancha beaucoup des difficultés nées d'une telle incertitude, en décidant que la *mortis causa donatio* serait valable comme legs et comme fidéicommis, dans les cas où elle ne pourrait valoir comme vraie donation. (L. 4. C. *de Mortis causa donationibus;* texte sur lequel nous reviendrons bientôt.)

Mais dans ces termes mêmes, l'intérêt théorique et pratique de notre question reste tout entier. Car il est bien évident que la disposition douteuse ne peut valoir comme legs qu'autant qu'elle en réunira les éléments. Or, supposons qu'une disposi-

(1) L. 1, pr. § 1. — L. 25, § 1. D. *de Mortis causa Donationibus*. § 1 Inst. *de Donationibus*.

tion à cause de mort ne puisse valoir comme legs, pour un vice quelconque, mais qu'elle vaille comme donation ; cette donation devra-t-elle être insinuée, à peine de nullité?

Telle est la question.

Avant d'aborder l'explication des textes, résumons les caractères légaux de la *mortis causa donatio*.

152. Elle se rapproche certainement de la donation; comme elle, elle produit ses effets au moment même de la mort du donateur; elle demeure valable qu'il y ait adition d'hérédité, qu'il y ait abstention, qu'il y ait répudiation de la part de l'héritier.

Pour que le donataire à cause de mort recueille les effets de la disposition, il suffit qu'il soit capable seulement au décès du testateur. « In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit (1). »

Le fils de famille, quand il est autorisé par son père, peut, dans la limite de son pécule profectice, faire une donation à cause de mort (2);

Si une rente annuelle est laissée par *m. c. donatio*, elle est indivisible (3); si une semblable rente est laissée par legs, elle est divisible et constitue plusieurs legs;

Si le donataire à cause de mort agit contre le testament par la *querela inofficiosi*, il ne perd pas le bénéfice de cette donation; si la même action est intentée par le légataire, il perd fatalement son legs (4);

Quand le testateur révoque tous ses legs sans mentionner expressément ses donations à cause de mort, ces dernières subsistent;

Enfin, la donation à cause de mort est soumise à la *collatio*.

Certes, à tous ces points de vue, la donation à cause de mort se sépare des legs et se rapproche de la donation ordinaire.

153. Mais, par d'autres côtés, elle s'en éloigne pour se rapprocher des legs. Ainsi :

(1) L. 22. D. *de Mortis causa donationibus*.
(2) L. 25, § 1, D., *de Mortis causa donationibus*.
(3) L. 35, § 7, D., *de M. c. donationibus*.
(4) L. 5, §§ 16, 17, D., *de His quæ ut indignis auferuntur*.

Elle est toujours révocable (L. 27; L. 42, § 1; L. 13, § 1; L. 35, §§ 2, 4, D., *de Mortis causa donationibus*.—Nov. 87, ch. 1);

Les principes de la double capacité de disposer et de recevoir en matière de legs sont applicables en matière de donation à cause de mort, sauf l'exception mentionnée (LL. 15, 9, 35 pr. D., *de Mortis causa donationibus)*;

La donation à cause de mort est soumise aux règles de la *lex Falcidia*, et la *querela inofficiosi* peut s'exercer contre la donation à cause de mort qui entame la légitime;

Les actions qui compètent au légataire appartiennent au donataire à cause de mort;

Les codonataires à cause de mort, de même que les légataires, jouissent entre eux du *jus adcrescendi*.

154. On peut le voir, l'analyse sincère des caractères juridiques de la *mortis causa donatio*, pas plus que la recherche des précédents historiques, n'est de nature à dissiper les doutes. Les deux doctrines extrêmes qui jugent l'insinuation toujours nécessaire ou toujours inutile à la donation à cause de mort, restent en présence avec leurs arguments, qui, faute de s'atteindre un à un, conservent leur force et leur valeur contraire.

Nous avons épuisé la partie négative de la discussion.

155. Il nous reste à trouver, non plus les raisons de doute, mais les motifs de décision. Nous devons les chercher dans un texte déjà annoncé, la loi 4 au Code, *de Donationibus causa mortis:*

« Cum de mortis causa donatione dubitabatur; et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt, et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quæ inter vivos consistunt, eam posuerunt : dubietate eorum explosa, sancimus omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis fuerint celebratæ, sive longiore cogitatione mortis subsecutæ sunt, actis minime indigere; neque expectare publicarum personarum præsentiam, et ea, quæ super hujus modi monumentis solent adhiberi : sed ita res procedat, ut si quinque testibus præsentibus, vel in scriptis, vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere; et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et

nullam in ea calumniam accipiat : neque propter hoc quod gesta non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur; et omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates; neque ex quacumque parte absimilis eis intelligatur. »

Deux autres textes de Justinien, postérieurs en date, doivent aussi être rapportés autant qu'ils ont trait à notre question :

« Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii et aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit... » *(Inst.*, § 1, *de Donationibus)*.

« .. .. Scientes... quod nos invenientes vetustos legumlatores, dubitantes de mortis causa donatione utrum donatio an legatum sit, et illos quidem connumerantes ipsam donationi, quosdam vero legatis, ea quæ pluribus et optimis legislatoribus visa sunt eligentes, legatum ipsam esse omnimodo decidimus, nec confectione monumentorum egere, sed licentiam habere facere ipsam et inserere ipsi etiam certos fines quos donator voluerit; et si hoc fecerit licentiam habere renunciare etiam hinc ipsi facultati, qua possit pœnitere super talibus donationibus, revocare, et quos utique voluerit terminos insérere mortis causa donationibus, sicuti Julianus sapientissimus constituit, quod quidem nos in trigesimo nono nostrorum Digestorum scripsimus. Omnia enim comprehendimus in brevi et quæ vetustis et quæ nobis placita sunt. Hoc igitur scientes putaverunt oportere secundum modum hunc facere quasdam mortis causa donationes et inserere pacta secundum legem ad auferendum potestatem sibi ipsi super donatione pœnitenti, eam revocandi. Alium vero terminum ipsis placentem addere ipsis donationibus, ut inde ipsis nimirum liceat facere donationes a revocatione liberas, et ita suas minuere substantias. » (Nov. 87, Præf.).

Tels sont les textes sur lesquels s'est engagée la grande dispute sur la nature de la donation à cause de mort et, par suite, sur la nécessité ou l'inutilité de la soumettre à l'insinuation.

156. Trois systèmes s'en sont dégagés : deux extrêmes et absolus, le troisième intermédiaire.

Le premier soutient que l'insinuation est toujours nécessaire. Il considère que Justinien a fait de la donation à cause de mort une institution spéciale, pour laquelle il exige d'une part toutes les formalités de la donation ordinaire, l'insinuation par conséquent; et pour laquelle, d'autre part, il demande une des formalités des legs, celle de la présence de cinq témoins. Pour justifier cet isolement complet de la donation à cause de mort, ce premier système s'appuie sur un principe incontestable, la nature mixte de l'acte, qui n'est pas un véritable legs, puisqu'il renferme des éléments étrangers aux legs, et qui n'est pas davantage une vraie donation, puisqu'il contient d'autres éléments contraires à l'essence de la donation ordinaire. Les conséquences que les partisans de cette doctrine tirent du principe sont au contraire très-contestables.

Un autre argument qui milite en sa faveur est fort séduisant, mais il appartient à un ordre moins rigoureux de considérations. Il est tiré de l'esprit même qui a inspiré l'établissement de l'insinuation. Dans la donation à cause de mort, comme dans la donation ordinaire, de très-graves intérêts sont protégés par la publicité : celui du donataire, celui des héritiers du donateur, et surtout l'intérêt des tiers, le plus respectable de tous. On est forcé de laisser en dehors l'intérêt du donateur lui-même, suffisamment mis à couvert, dans le cas de donation à cause de mort, par la révocabilité qui existe dans ce cas, et qui n'existe pas pour la donation ordinaire.

157. Le second système, entièrement opposé au premier, soutient que l'insinuation ne doit jamais être appliquée à la *mortis causa donatio* qui, suivant lui, est en tout assimilée aux legs. Il invoque avec force les trois textes de Justinien que nous avons rapportés. L'assimilation complète ressort, dit-on, avec évidence des termes plusieurs fois employés par le législateur : Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt *per omnia* (*Institutes*, *loc. cit.*). . . . Legatum ipsam (m. c. donationem) esse *omnimodo* decidimus (Novell. 87, *l. c.*). D'après ce sys-

tème, Justinien aurait totalement aboli en cette matière la forme des donations pour y substituer exclusivement celle des cinq témoins ; et il faut même aller jusqu'à dire que, sous cette législation, il n'y a plus de donation à cause de mort, qu'il n'y a plus que des legs.

158. Le troisième système s'écarte des deux premiers et répudie ce qu'ils contiennent d'absolu. Suivant ses partisans, Justinien a laissé aux auteurs d'une donation à cause de mort le choix entre l'insinuation et les autres formalités des donations entre-vifs d'une part, et d'autre part, l'adoption de la forme codicillaire.

La réfutation des deux premiers systèmes porte avec soi en grande partie la démonstration du troisième.

Ceux qui imposent à la donation à cause de mort toujours l'insinuation, parce qu'elle se rapproche en plusieurs points de la donation ordinaire, et toujours les cinq témoins, parce qu'elle se rapproche en plusieurs autres points des legs, ceux-là raisonnent d'une façon vicieuse, car la solution du problème ne dépend pas de la nature de l'acte principal ; mais bien de l'interprétation des textes. Or, la conclusion des auteurs qui défendent le premier système, se trouve à coup sûr contraire aux trois constitutions qui établissent une assimilation, limitée ou illimitée (ce qui reste à voir), mais enfin qui établissent une assimilation, tandis qu'eux arrivent à un isolement. Ils imaginent un acte nouveau avec une combinaison nouvelle de formalités.

Mais, dira-t-on, cette combinaison nouvelle, dont la nouveauté est dans l'emploi des cinq témoins, joint à l'insinuation et aux autres formalités des donations, ressort précisément de la loi 4 au C. *de mortis causa donationibus*.

Nous répondons, qu'en effet, cette constitution, parmi les formalités codicillaires, ne mentionne que celle des cinq témoins, mais qu'il faut voir là l'indication sommaire d'une forme déjà connue et exigée dans son intégralité pour la validité des legs et des fidéicommis (1). C'est un procédé d'abréviation tout naturel

(1) L. 8, § 3, *C. de Codicillis*.

par lequel Justinien s'épargne la peine fort inutile de répéter ici ce qu'il avait dit ailleurs sur la forme des codicilles.

159. Quant à la seconde considération du premier système, celle tirée de l'utilité de l'insinuation, il faut dire tout d'abord qu'elle est en soi impuissante contre l'autorité d'un texte sainement interprété. Ajoutons qu'on aurait grand tort de croire irréparable le mal qui parfois en résulterait ; car s'il peut être établi que le choix de la voie la plus secrète a eu pour mobile et pour résultat d'atteindre illicitement certains droits, les intéressés auront contre l'acte tous les moyens de recours pour en poursuivre l'anéantissement.

S'il y avait enfin une organisation nouvelle, comme on le dit, Justinien n'aurait pas manqué dans une constitution spéciale de nous en développer les incomparables avantages, et rien de tel ne se trouve dans le *Corpus juris*.

160. Le second système, exigeant les cinq témoins et voulant que l'insinuation soit toujours inutile, prétend appuyer son principe, à savoir que la donation à cause de mort est en tout semblable aux legs, sur les textes eux-mêmes ; mais, soit que l'on examine les résultats pratiques, soit que l'on compare la solution aux textes et aux vérités juridiques aussi puissantes que les textes, l'erreur de ce système apparaît toujours.

Nous nous trouvons d'abord en face d'une lourde inconséquence imputée au législateur, par cette opinion ; en effet, il est certain qu'une donation entre-vifs de 800 *solidi*, faite avec insinuation et sans les cinq témoins serait valable, tandis qu'une donation à cause de mort, de même valeur, révocable, bien moins dangereuse que la première, serait nulle dans le même cas !

Quant à la réalité de la prétendue assimilation générale entre la *mortis causa donatio* et le legs, nous avons déjà vu en tête de cette discussion ce qu'il faut en penser. Des différences notables et subsistantes séparent l'un de l'autre ces deux actes, et quant à discuter ces différences, impossible !

161. Les fragments de texte invoqués par l'opinion que nous combattons en ce moment, ont une apparence de généralité qui peut frapper un instant, mais qui bientôt disparaît quand on mesure la vraie portée des termes employés et qu'on dirige son

examen sur le texte entier, non sur des fragments détachés. La généralité n'est pas absolue, mais seulement relative ; elle s'applique à un certain nombre de donations à cause de mort, mais non à l'universalité de ces actes. Le point de départ de notre raisonnement est celui-ci :

En principe, la donation et le legs sont deux institutions indépendantes. Preuves : les différences énumérées et rappelées plus haut, sur lesquelles il est inutile de revenir.

Des controverses s'élèvent entre les jurisconsultes sur le point de savoir si certains actes doivent appartenir à l'une ou à l'autre des deux classes. Dans cet état de choses, Justinien adopte l'opinion du parti qui ramenait tous les cas douteux à la classe des legs. Il consacre législativement son opinion de deux manières : dans le Digeste, en n'y insérant que les fragments des auteurs favorables ; dans les Institutes et le Code, en enveloppant tous les cas autrefois douteux, mais non les autres, dans une disposition formelle. Donc, tout ce qui ne fut pas matière à controverse reste en dehors de la règle d'assimilation, d'ailleurs moins générale dans ses termes que ne le disent les partisans de la seconde opinion, car Justinien termine le paragraphe des Institutes en disant : « A nobis constitutum est ut per omnia *fere* legatis connumeretur. »

162. Des principes exposés et des textes bien entendus, il résulte que, pour la donation à cause de mort, Justinien décide que l'insinuation n'est jamais indispensable et que l'on peut y suppléer avec cinq témoins. La loi ne crée aucun système nouveau et n'en abolit aucun. Pour l'accomplissement légal de certains actes, les parties avaient *l'une ou l'autre* voie ; s'ils avaient la première, ils n'avaient pas la seconde, et réciproquement. A l'avenir, ils auront *l'une et l'autre* et choisiront librement entre les deux.

Que si une pareille facilité de la part du législateur paraissait invraisemblable à quelques-uns, nous répondrions que : en matière de donations entre époux, comme nous le verrons par la suite, le Code nous fournit expressément un cas où la même liberté est laissée aux parties (1)

(1) L. 25. C. *de Donationibus inter virum et uxorem.*

III.—163. Le troisième caractère nécessaire à l'acte qui nous occupe, pour qu'il puisse être soumis à l'insinuation, est que cet acte entre-vifs contienne une transmission, c'est-à-dire le passage de certaines choses d'un patrimoine dans un autre.

Nous ne nous servons pas du mot aliénation, parce qu'il renferme une seconde idée qu'il n'est pas encore opportun d'étudier.

La transmission suppose deux termes matériels et une conception juridique : 1° un patrimoine d'où part le bien donné ; 2° un patrimoine dans lequel il entre ; 3° un déplacement, un mouvement de droits. Les Romains avaient un mot spécial et figuré pour exprimer cette idée, *perambulatio*.

Toutes les fois que l'un et l'autre des deux patrimoines, n'éprouvent pas une modification, quelque généreuse d'ailleurs qu'ait été la pensée inspiratrice de l'acte, cet acte n'est pas soumis à l'insinuation.

Ainsi le bénéfice parfois important qui peut résulter pour le propriétaire de ce qu'un tiers consent à gérer ses affaires ou à garder sa chose sans exiger aucune rétribution, ne constitue jamais une donation. Il en est de même du commodat gratuit, car, dans tous ces cas, le bien nouveau qui entre dans le patrimoine du mandant, commodataire ou déposant, ne sort pas du patrimoine du mandataire, du commodant ou du dépositaire. Il n'en a jamais fait partie.

164. Ces règles sont vraies, mais on vient de les montrer par leur côté absolu. En ce qui concerne les trois contrats, le dépôt, le mandat et le commodat, si l'on s'en tenait à cet aperçu rapide, on courrait risque de tomber dans de graves erreurs.

De tels actes ne constituent pas donation, nous l'avons dit, parce qu'ils ne contiennent pas transmission de biens, et que le premier élément de la transmission, la sortie de certaines choses hors d'un héritage, ne s'y rencontre pas. Mais il peut se présenter des cas où il est permis de douter si oui ou non il y a transmission.

Là est la difficulté : reconnaître avec justesse l'existence de cet élément dans des actes qui ordinairement ne le renferment point.

Il va sans dire qu'une fois son absence ou sa présence constatée l'inutilité ou la nécessité de l'insinuation s'ensuivront tout naturellement.

Commençons par le contrat de dépôt. Un propriétaire a un magasin qu'il a coutume de louer. Il le concède gratuitement à un marchand qui en a besoin pour y déposer ses marchandises. Il y a là donation: et pour nous en tenir à la transmission, seul point qui nous occupe, nous voyons le loyer du magasin, partie du patrimoine du propriétaire, disparaître de ce patrimoine, et *aller* grossir la fortune du déposant en lui épargnant le paiement d'un loyer nécessaire.

De même pour le commodat: l'acte par lequel Primus prête à Secundus une maison peut être considéré comme une vraie donation, dont la valeur s'élèvera jusqu'à concurrence de la somme que le commodataire eût mise à son loyer s'il n'y eût pas eu commodat, ou, en d'autres termes, jusqu'à concurrence de la somme sortie des biens du commodant et effectivement entrée dans le patrimoine du commodataire. Si la chose prêtée, tout en profitant en son entier à la personne qui la reçoit n'augmente ses biens que de la moitié par exemple de sa valeur, la donation ne devra se chiffrer que sur l'augmentation pécuniaire des biens du commodataire. Pour la différence, il n'y a pas de transmission, car si la chose sort d'un patrimoine, elle n'entre pas dans un autre.

Partant il n'y a pas de donation.

Le mandat gratuit peut aussi constituer une donation. Quand des travaux manuels ou industriels sont gratuitement entrepris par quelqu'un, pour quelqu'un à qui ils étaient nécessaires et qui les eût fait faire pour de l'argent, on doit encore décider qu'il y a là une transmission de biens dont le chiffre est la dépense faite et l'épargne procurée.

De ces trois exemples dégageons une formule: toutes les fois que l'objet du dépôt du mandat du commodat gratuits est une chose nécessaire, que le bénéficiaire eût été obligé de se procurer à titre onéreux, et dont la valeur se ramène à un prix déterminé en argent, *quæ quasi in pecuniæ præstatione consistunt*, on doit

considérer qu'il y a une donation stricte et non pas une simple libéralité plus ou moins innommée (1).

165. Il faut ranger dans la classe des libéralités non soumises à la forme des donations un contrat analogue au commodat, le *precarium*. Deux objections de texte pourraient cependant être faites. La loi 14, D. *de Precario*, dit en effet : « Magis enim ad *donationes* et beneficii causam, quam ad negotii contracti, spectat precarii condictio. » Et la loi 14, § 2, D. *de furtis*, ajoute : « Quia simile *donato* precarium est. » Pour répondre à ces deux textes, il faut se reporter à ce que nous avons dit en commençant, de la double acception du mot *donatio*. Ici, évidemment, il est pris dans son sens général, ce qui établit entre ces actes et la donation vraie un simple lien de ressemblance approximative, d'où il est impossible d'induire la nécessité de l'insinuation.

166. La conséquence du principe posé au début de ce paragraphe, est qu'il n'existe pas d'acte à insinuer quand une personne renonce en faveur d'une autre à un accroissement possible de richesses, sans se dépouiller toutefois d'un droit acquis.

Ici encore il n'y a pas transmission d'un patrimoine à un autre, puisque celui du prétendu donateur n'a jamais compris le bien qui entre dans le patrimoine du gratifié.

Nous venons de dire : *quand une personne renonce;* ce mot appelle une explication. Nous supposerons, dans les différentes hypothèses qui vont suivre, que cette renonciation se fait par un acte positif. En effet, si cet acte positif n'existait pas, si la renonciation procédait de la simple abstention du gratifiant, d'un acte négatif, l'examen auquel nous allons nous livrer serait inutile, et l'absence d'acte positif, suffirait comme nous l'avons vu, pour éloigner toute nécessité d'insinuation.

L'importance et la difficulté de ce sujet viennent de la manière dont les différents biens entrent dans notre patrimoine. Les uns ne peuvent s'acquérir que par un acte volontaire; si cet acte volontaire fait défaut, soit par suite de simple abstention, soit

(1) L. 6, D. *de operis libertorum*.

par suite d'une renonciation formelle, les biens trouvent au seuil même du patrimoine un obstacle infranchissable qui les empêche d'entrer dans ce patrimoine ; les autres, au contraire, par le fait seul de leur existence et par un motif tiré souvent de leur nature accessoire, peuvent entrer d'eux-mêmes ; et pour s'en démettre le propriétaire est obligé de les faire sortir. La renonciation aux premiers ne renferme pas, la renonciation aux seconds renferme une transmission.

Ce point important posé, prenons quelques hypothèses particulières.

167. Un héritier ou un légataire renonce à l'hérédité ou au legs pour en faire profiter celui qui est appelé après lui. Ici la force des raisons conduit à la certitude. Jamais l'insinuation ne trouvera place pour un tel acte. En effet, à supposer que cette forme puisse convenir à une renonciation à succession ou à legs, ce qui en fait sera presque toujours matériellement impossible, il est clair que le premier appelé n'est pas propriétaire. Une autre condition fait encore défaut, l'enrichissement certain du gratifié; il se pourra fort bien faire que le second appelé ne recueille aucun bénéfice de la renonciation faite en sa faveur. Aussi, des textes permettent-ils une semblable libéralité entre époux (L. 5, §§ 13, 14. D. *De donat. int. vir. et uxor.*) et la mettent-ils à l'abri de l'action Paulienne (L. 6, §§ 2, 5. D. *Quæ in fraudem*).

Le Digeste nous fournit quelques autres cas : L. 31, § 7. D. *De donat. int. vir. et ux.* Un héritier ou légataire détermine le testateur à transférer à une autre personne le bénéfice de l'hérédité ou d'un legs.

L. 6, § 7, D. *Quæ in fraudem creditorum.* Un créancier auquel une chose a été promise sous condition empêche volontairement l'accomplissement de la condition.

L. 1, § 6. D. *Quæ in fraudem creditorum.* Même hypothèse en matière d'hérédité ou de legs. Négligence volontaire de la part de l'institué conditionnellement d'accomplir la condition.

Tous ces actes de libéralité ne devront jamais être soumis à l'insinuation.

Faut-il appliquer la solution contraire au cas où un héritier institué déclare la succession suspecte uniquement afin de la transmettre, sans en rien retenir, à un fidéicommissaire? Les termes dont se sert la l. 67, § 3. D. *Ad. Sc. Trebellianum* pourraient faire croire qu'un tel acte est une donation: « *Si donationis causa* suspectam hereditatem sibi heres dixerit... » Il n'en est rien cependant. Tous les motifs applicables aux hypothèses précédentes le sont encore à celle-ci, et quant au texte, il est certain que le mot *donatio* est pris ici dans son sens large et signifie une libéralité en général.

168. Les actions font partie de ces biens qui n'ont pas besoin pour entrer dans un patrimoine, de la volonté du propriétaire. Elles l'enrichissent et existent comme biens, qu'on les exerce ou non. Si donc le propriétaire renonce à les mettre en mouvement, il opère une véritable transmission, il fait sortir de son patrimoine des biens qui en faisaient partie, et un tel acte, les autres conditions s'y rencontrant, peut constituer une donation.

Il existe à cela deux exceptions. La *querela inofficiosi testamenti* et l'action pour injures, n'existent pas, comme les autres actions, indépendamment de leur mise en mouvement. Elles n'existent comme biens que du jour où on les exerce. Pour ces deux actions, la renonciation formelle ne peut valoir comme transmission que quand elle se produit au cours même de l'action, et dans ce cas elle peut être une donation. Mais quand la renonciation précède tout exercice de ces deux actions, c'est le contraire qui est vrai (1).

169. Nous avons vu à propos des contrats de commodat, dépôt et mandat, et nous venons de voir à l'instant, quelle peut être, sur l'acte lui-même, l'influence de l'objet transmis. Voici de cela un exemple nouveau :

Je concède gratuitement à Titius, l'usage d'un fonds de terre. Il y a là donation parfaite et lieu d'en appliquer les formalités (2).

(1) Voir sur toute cette matière de la cession des actions, à laquelle nous ne pouvons toucher qu'incidemment, le savant livre, non encore traduit, de Mühlenbruch: *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*.

(2) L. 9, § I. Dig., *de donationibus*.

Je concède gratuitement à Sempronius, l'usage d'une somme d'argent. Il n'existe cette fois aucune vraie donation, et l'insinuation de l'acte n'est pas exigée. De même, si je fais remise à mon débiteur des intérêts futurs de la somme que je lui ai prêtée (1). De même, si je transforme, sans rétribution, une obligation exigible en une obligation à terme (2).

Quelle est la raison de cette différence ? On considère que les fruits d'un immeuble ont une vertu plus enrichissante, si l'on peut ainsi parler, que les intérêts de l'argent. Abandonner les premiers, c'est se priver d'une valeur future, mais certaine ; car on ne suppose pas que le propriétaire d'un bien rural le laissera improductif ; il le cultivera ou le donnera à bail. Il n'en est pas de même des intérêts d'une somme d'argent. Y renoncer, c'est accepter une existence moins large, ce n'est pas se dépouiller d'une valeur de nature productive. Un tel acte peut encore, dans le second cas, couvrir une spéculation impossible à imaginer dans le premier. Au lieu de garder son argent dans ses coffres ou de le placer à intérêts, un propriétaire peut trouver plus sûr et plus à sa convenance de le prêter sans intérêts à un débiteur certainement solvable.

D'après ce dernier motif, il faudrait décider, au contraire, qu'il y a donation quand un propriétaire abandonne l'usage d'une somme déjà placée à intérêts. Ici le sacrifice est apparent, et l'objet transmis est précisément le montant des intérêts abandonnés.

170. La dernière condition essentielle à la transmission, sans laquelle un acte ne peut jamais venir à l'insinuation, est que l'objet donné arrive dans le patrimoine du gratifié. Ici nous n'avons à présenter que deux observations : l'une relative à l'affranchissement, l'autre à l'émancipation. Ces deux actes contiennent un véritable *don*, don de la liberté, don de l'indépendance : « Majores qui emancipationem *donant* » ; mais ils ne contiennent pas de donation qui puisse être insinuée.

(1) L. 23. pr. *de Donationibus.*
(2) L. 56. D. *de Condictione indebiti.*

Dans le second cas, il n'est besoin d'aucun développement.

Dans l'affranchissement, il y a de la part du maître un abandon très-certain d'une chose lui appartenant, mais le droit de propriété n'arrive à personne, pas même à l'affranchi. Ce droit est éteint, il n'est pas transmis. A un autre point de vue, la liberté n'appartient point au droit des biens, elle n'a aucune valeur vénale. C'est en ce sens et non au figuré que le jurisconsulte dit : Libertas inæstimabilis res est (1).

171. Il nous reste, avant de quitter cette matière, à nous poser la question de savoir si la transmission, accompagnée bien entendu des autres éléments de la donation, doit, pour entraîner la nécessité de l'insinuation immédiate, produire présentement ses effets.

Dans le cas de promesse de donation, l'acte juridique se décompose : nous y trouvons la promesse elle-même ; puis, après un long espace de temps peut-être, l'accomplissement de cette promesse. A quel moment devra se faire l'insinuation? Lors de la promesse qui constitue vraiment la transmission, et non pas lors de la remise matérielle de la chose donnée. Le motif allégué est que cette remise constitue non une donation, mais le paiement d'une dette antérieurement contractée. Ajoutons que l'intérêt des tiers est mieux sauvegardé par cette combinaison que par toute autre.

Il en est autrement pour la donation conditionnelle. On décide dans ce cas que l'insinuation ne se doit faire que lors de l'événement de la condition. Ceci se rattache au comput des donations, relativement à l'insinuation. — On y reviendra dans la section deuxième du présent chapitre.

Ce que nous disons de la donation conditionnelle en général s'applique à la donation entre époux permise depuis l'an 206. Cette donation est conditionnelle, en ce sens qu'elle dépend de l'absence d'une révocation future. La loi 25, C. *de Donationibus inter virum et uxorem*, exige, pour la confirmation de ces donations, l'insinuation. Seulement, comme elles constituent aussi

(1) L. 106, D. *De regulis juris.*

des actes à cause de mort, l'Empereur, ainsi que nous l'avons dit plus haut en parlant de la *mortis causa donatio*, l'Empereur laisse aux parties le choix entre plusieurs modes de confirmation, ou l'insinuation, ou la forme codicillaire, *suprema voluntas*.

IV. — 172. L'autre élément qui constitue la véritable aliénation telle qu'elle doit être pour donner à l'acte la nature d'une donation, est l'enrichissement de celui qui reçoit. Ce n'est là, si on veut, qu'un simple résultat, mais il importe de ne pas le négliger, car sa présence est nécessaire et souvent difficile à reconnaître. Transmission et enrichissement, voilà les deux éléments de l'aliénation, élément elle-même de la donation.

Le défaut d'enrichissement pour le bénéficiaire peut venir de trois causes :

1° De la chose transmise elle-même, dont la nature est telle que le patrimoine où elle entre n'en est pas augmenté ;

2° De la compensation du gain par un sacrifice ;

3° De la perte de la chose.

173. 1° La transmission gratuite de garanties accessoires d'un droit au profit de celui qui est en possession de ce droit ne constitue pas une donation, et, par conséquent, n'est pas soumise à l'insinuation.

Ainsi nous savons déjà que le caractère de droit strict ajouté par le débiteur ou par un tiers à une obligation naturelle ne constitue jamais une donation.

Cet acte ne se rencontre pas davantage dans le fait par le possesseur de la chose d'autrui de rendre cette chose au propriétaire, qui ne la réclame pas et qui n'aurait aucune preuve à fournir pour appuyer sa demande. Celui-ci n'est pas enrichi ; la chose a toujours fait partie de ses biens ; il a seulement évité une perte.

Primus cautionne envers Secundus la dette de Tertius insolvable. Il y a là deux actes de générosité : l'un envers le créancier ; celui-là ne constituera jamais une donation, car il ne fait que rendre plus sûre la poursuite d'un droit existant ; l'autre

envers le débiteur, et vis-à-vis de ce dernier, il y aura donation soumise à l'insinuation si la caution n'a pas l'intention de réclamer, en vertu de l'action de mandat ou de gestion d'affaires, la somme par elle payée.

Ce qui est vrai pour le cautionnement est encore vrai de la constitution de gage. Quand un gage est librement fourni, soit par le débiteur pour sa propre dette, soit par un tiers pour une dette qui lui est étrangère, ou quand un gage existant est remis par le créancier au débiteur, dans aucun de ces cas il n'y a d'acte soumis à insinuation, car le droit principal continuant d'exister, le patrimoine n'est pas augmenté.

Il est d'évidence que la même solution doit être étendue au cas d'acceptilation d'une dette, garantie par une action soumise à une exception.

174. 2° Compensation du gain par une perte. Le bénéficiaire qui aujourd'hui voit son patrimoine s'augmenter peut, par une prestation réciproque, subir une diminution de biens, que nous supposerons équivalente. Cette prestation, liée d'une manière intime à son enrichissement, peut avoir existé dans le passé ou se produire au même instant, ou être renvoyée dans l'avenir.

Le créancier qui reçoit son paiement n'est pas enrichi, car ce paiement répond à un acte antérieur par lequel le créancier s'est appauvri d'autant.

Le paiement du prix d'achat fait au comptant, la tradition immédiate de la chose donnée en échange, n'entraînent pas l'enrichissement de celui qui reçoit.

Enfin, l'emprunteur qui reçoit les espèces n'est pas enrichi, puisqu'il contracte l'obligation de se dépouiller plus tard de cette augmentation passagère de biens en remboursant son prêteur.

175. 3° Perte de la chose donnée. L'étude de ce troisième obstacle à l'enrichissement du donataire et à l'existence de la donation est importante, nous en renvoyons l'examen et nous nous contentons d'indiquer ici les points de vue où il faut se placer pour apprécier sainement l'influence de la perte de la chose; si elle est partielle, sur le chiffre juridique de la donation;

si elle est totale, sur l'existence même de cette donation. Il importe en ce sujet de déterminer la nature de la perte, si elle est absolue ou relative, ce qui est différent du point de savoir si elle est totale ou partielle. La valeur donnée est-elle anéantie totalement ou partiellement; est-elle dans les mêmes proportions, seulement transformée, et, dans ce dernier cas, quel est le rapport de la chose nouvelle à la chose remplacée?

Le second point de vue est celui de la cause d'où provient la perte: est-ce un cas fortuit ou de force majeure; est-ce au contraire un fait volontaire, et alors vient-il de la volonté du donateur ou de celle du donataire? Les conséquences à tirer de l'aspect juridique que présente la perte de la chose seront mieux placées dans l'étude sur l'évaluation des donations et dans le chapitre où l'on déterminera les effets de l'insinuation.

176. Tout ce que nous avons dit de la transmission et de l'enrichissement du donataire, s'applique de point en point à un troisième élément qui n'est que le corollaire des deux autres, l'appauvrissement du donateur.

Une grave question doit cependant nous arrêter en cette matière, et c'est la seule dont l'examen ne nous exposera point à des redites.

La donation de la chose d'autrui est-elle soumise à l'insinuation?

Il faut, selon nous, résoudre cette question par une distinction à laquelle nous appliquerons les règles connues.

Mais, d'abord, il faut supposer que le donataire se trouve en des conditions telles qu'il puisse acquérir un droit nouveau; sans cela, son enrichissement étant impossible, la donation ne peut pas exister. Et maintenant, de deux choses l'une, ou le donateur a titre et possession de bonne foi pouvant le conduire à l'usucapion, ou bien il n'a rien de tout cela. Dans le premier cas, il s'appauvrit, puisqu'il se dépouille d'un droit, et la donation doit être insinuée; dans le second, comme il n'avait rien, il ne perd ni ne transmet rien, et sans entrer ici dans l'examen de la capacité du donataire relativement à la possession, il est certain que si un droit nouveau existe pour lui, le droit prend

naissance en sa personne, et ne lui vient pas du donateur qui n'en avait aucun. Dans ce second cas, il n'y a point lieu à insinuation.

V. 177. Le dernier des éléments nécessaires à l'existence de la donation est de la part du donateur l'intention d'enrichir le donataire. Il est bien certain que, cet élément faisant défaut, il n'y a pas de donation, et l'acte ne doit pas être insinué. Ce qui fait surgir les difficultés du sujet n'est pas tant la démonstration du principe que la recherche de la volonté, et la vraie part à faire à l'interprétation et aux règles positives.

Il existe des cas où le doute n'est pas possible : ceux dans lesquels l'ignorance du donateur ou son intention non généreuse ressortent de l'acte lui-même.

Énumérons rapidement les principaux. Le donateur peut ignorer l'aliénation, comme dans l'usucapion et la prescription. Il peut connaître la transmission non l'enrichissement : comme dans le paiement de l'indû fait *non animo donandi*, dans l'achat d'une chose par un prix trop élevé, ou la vente par un prix insuffisant qu'il considère à tort comme la vraie représentation de la valeur acquise ou abandonnée.

D'autres fois l'enrichissement de l'un des contractants est connu de l'autre partie, qui le subit à ses dépens, s'y résigne, mais ne le désire aucunement. Il n'y a pas là d'acte à insinuer. C'est par exemple un propriétaire pressé par ses créanciers qui, désireux de faire argent au plus vite, vend son immeuble au-dessous de sa valeur, sans ignorer le bénéfice qu'il procure. Le but qu'il poursuit lui est tout personnel et l'enrichissement de son acquéreur n'entre pas dans ses vues.

Il en est de même quand, par une transaction, quelqu'un abandonne un droit certain pour éviter les dépenses et les incertitudes d'un procès.

L'accord par lequel des créanciers font une remise partielle de dette à leur débiteur peut, suivant les circonstances, être ou n'être pas une donation. Il faut alors examiner en fait s'il y a de leur part générosité, nécessité subie, ou même spéculation.

178. Nous arrivons à la partie noire du sujet. Le premier point dont le jurisconsulte doit se préoccuper, est de démêler parmi plusieur sintentions possibles, laquelle a inspiré l'acte, et, pour décider si cet acte doit être insinué, de reconnaître si l'intention inspiratrice a eu pour but l'enrichissement du gratifié.

Un héritier testamentaire acquitte en totalité un legs ou un fidéicommis sans retenir la Falcidie. Fait-il une donation au légataire ou fidéicommissaire? Pour résoudre la question, est-il permis de rechercher l'intention de l'héritier? Un texte paraît s'y opposer. La l. 5, § 15, *de Donationibus inter virum et uxorem*, semble contenir une prescription absolue, mais en réalité elle ne contient qu'une présomption de volonté, comme le font voir ces expressions: *Magis videri; habet rationem magis in eo.* Il faut donc rechercher si la conduite de l'héritier a eu pour mobile une pensée généreuse envers le légataire, ou s'il n'a agi que par respect pour la volonté du défunt. Des circonstances de fait pourront faciliter la solution pratique. Ainsi, on peut supposer qu'il existe plusieurs légataires, et que l'héritier ne renonce au prélèvement de la Falcidie, qu'en faveur de l'un d'eux, en l'exigeant de tous les autres. L'acte qui consacrera une telle remise, devra être insinué, car il ne peut être qu'une donation, non un témoignage de respect pour la volonté du testateur.

179. Autre hypothèse plus difficile. Une personne nourrit et élève l'enfant d'un tiers. Trois motifs différents peuvent avoir déterminé le bienfaiteur:

Ou il n'a eu en vue que l'intérêt de l'enfant, et là, quel que grand que soit le bienfait, il n'y a pas transmission d'une chose appréciable, pas de donation, pas d'insinuation possible; et l'insinuation n'étant pas faite, il ne pourra plus tard répéter ce qu'il a ainsi dépensé.

Ou bien, en second lieu, celui qui a fait donner l'éducation à l'enfant, s'est ainsi constitué le *negotiorum gestor* soit de l'enfant lui-même, soit de son père. Là encore, le *donandi animus* est absent; le défaut d'insinuation n'aurait aucune valeur dans la bouche du prétendu gérant d'affaires réclamant son remboursement. Le triomphe de sa prétention, ce qui n'est pas de notre

sujet, dépendrait de la vraie intention, qu'il est permis de rechercher par l'examen des faits (1).

Ou bien enfin le bienfaiteur a entendu épargner au père, sur qui pesait l'obligation naturelle, la dépense d'une somme d'argent; et, par exemple, il a payé à un tiers les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation de l'enfant; cette fois, l'intention bien constatée, l'acte équivaut à une véritable donation envers le père, et, pour être inattaquable, devra être insinué.

180. L'*animus donandi* se trouve-t-il dans l'acte? Telle est la première question à se poser. Il en est d'autres. S'y rencontre-t-il seul? Si oui, pas de difficulté; si non, quelle est sur la nature de l'acte, supposé pour le présent indivisible, l'influence des autres intentions qui accompagnent l'intention généreuse?

Sont-elles directes, elles réagissent sur l'acte principal et peuvent en modifier la nature; sont-elles indirectes, leur influence est nulle: un motif intéressé, des vues égoïstes de la part du donateur n'excluraient pas la donation, si elles n'entraient dans l'*animus*, que comme éléments d'un calcul dont le but final est autre que le but immédiat de la donation. L'intention d'enrichir suffit; que le donateur ait fait d'ailleurs sa donation, ou dans l'espérance que son bienfait lui vaudrait par la suite de plus grands avantages, ou par ostentation, pour faire croire à son état de fortune opulent.

181. Une grave difficulté dans l'application de ces principes a soulevé parmi les jurisconsultes une controverse bien connue;

Dans le cas de donation rémunératoire, le but ultérieur n'est pas intéressé, mais il se réfère à un bienfait passé, que le donateur veut récompenser. C'est le paiement d'une dette de reconnaissance; ce n'est pas, d'une manière exclusive, un acte de générosité pure. D'où ce point à résoudre: la donation rémunératoire doit-elle être insinuée?

Ainsi restreinte la question n'a donné naissance qu'à deux systèmes diamétralement opposés:

(1) LL. 34 et 27, § 1. D. *de Negotiis gestis*, et LL. 15, 11, 13, C. *de Negotiis gestis*.

L'un, qui soutient la négative, et ne veut voir là qu'un acte à titre onéreux. C'est l'opinion qui compte le plus de partisans;

L'autre, qui a réuni d'illustres suffrages dans l'École allemande: Savigny (1), Mühlenbruch (2), Makeldey (3), sont arrivés par des voies diverses et par des motifs non concordants entre eux à exiger toujours l'insinuation pour les donations rémunératoires. C'est ce dernier système qui nous paraît le plus vrai. Avant d'arriver aux motifs déterminants, il en faut écarter un qui peut également être invoqué de part et d'autre, sans fournir rien de décisif à l'une ou à l'autre opinion.

Il consiste à dire que, « l'existence de la reconnaissance comme motif de la donation est un fait aussi vague que difficile à constater; et, qu'il faudrait de plus établir une échelle de proportion entre la reconnaissance et le service rendu. » Cet argument serait excellent à opposer à ceux qui voudraient faire de l'existence de la donation rémunératoire une question de fait ou d'interprétation; mais tel qu'il est il peut fort bien être invoqué par les deux systèmes absolus, qui en feront découler leurs conséquences contraires. L'existence et la proportion de la reconnaissance sont impossibles ou fort difficiles à établir. Une présomption générale est nécessaire. Il est vrai, dira-t-on, des deux côtés.—Alors, diront les uns, que ce soit toujours un acte onéreux.—Non pas, répondront les autres, que ce soit toujours une donation véritable. Et la discussion n'a pas avancé.

Nous pensons, pour des motifs autres que celui-là, que la donation rémunératoire doit être insinuée. Un premier argument est tiré par *à fortiori*, des règles précédemment posées. Si, en effet, un calcul même intéressé de la part du donateur, n'exclut pas l'existence de la donation, pourquoi donc la reconnaissance aurait-elle ce privilége?

Une seconde raison saisit celui qui examine les intérêts protégés par l'insinuation. Ceux des tiers qui n'ont en rien re-

(1) *Traité de Droit romain*, § 153.
(2) *Doctrina pandecturum*, § 445.
(3) *Manuel de Droit romain*, § 463.

cueilli le bienfait et qui peuvent subir les conséquences de la donation, si la publicité ne les garantit du danger ; les intérêts du donateur plus exposé qu'en toute autre occurrence à écouter les suggestions et les entraînements d'un sentiment non réfléchi.

Un troisième argument vient entièrement ruiner la doctrine contraire. La libéralité rémunératoire est une donation ou un *datum ob causam*. L'alternative n'a pas d'autre terme. Si c'est un *datum ob causam*, il y aura lieu, en cas d'erreur, à restitution en vertu d'une condiction. Cette condiction sera accordée dans le cas d'une libéralité faite en vue d'obtenir un avantage, ou dans tout autre espoir que l'avenir n'a pas réalisé. Or, précisément dans ce cas, la condiction est refusée d'une manière expresse. L. 3, § 7. Dig. *de condictione causa data;* et elle l'est encore dans le cas où une donation rémunératoire a pour motif une croyance erronée. L. 65, § 2. D. *de condictione indebiti*. La libéralité rémunératoire n'est donc pas un *datum ob causam;* alors c'est une donation, elle doit être insinuée.

182. Il s'en faut que la solution de cette question générale suffise à éloigner les doutes qui attendent l'esprit dans les hypothèses innombrables que lui réserve la pratique. Au lieu de nous jeter au hasard dans un examen qui, si long qu'on le suppose, serait toujours incomplet, indiquons tout-à-l'heure le point nouveau dont il faut se préoccuper, pour éviter de tomber dans une suite et comme dans une nouvelle classe d'erreurs. Attachons-y ensuite quelques applications importantes.

Le nouveau but proposé à l'attention est le fait qui sert de cause à la reconnaissance du donateur.

Ce fait peut être lui-même une donation. Primus donne à Secundus un champ, Secundus plus tard et par un sentiment de reconnaissance, donne à Primus une maison. Dans ce cas, rien de plus simple, chacune des deux donations sera considérée séparément de l'autre, comme une donation, et toutes deux devront être insinuées.

La cause de la reconnaissance, sans provenir d'une donation antérieure dont l'objet a nécessairement une valeur déterminée,

peut provenir de services que l'on a coutume de rétribuer en argent, par exemple, de travaux mécaniques exécutés sans aucune promesse de salaire. Dans ce cas, la question de fait et d'interprétation reste tout entière, et d'elle seule dépend la solution définitive. Si les travaux ne sont que le témoignage d'une bienveillance désintéressée, et si la donation est un tribut réciproque et libre de reconnaissance, il y a une véritable donation qui devra être insinuée. Si au contraire il résulte de l'examen que l'acte primitif a été un contrat tacite, sans fixation de salaire, pour des travaux à exécuter, la libéralité sera considérée comme le paiement d'une dette, et aucune des formalités de la donation n'y trouvera place.

Il existe enfin une hypothèse spéciale, nommément prévue par la loi, c'est celle où la donation est faite à celui qui nous a sauvé la vie. Nous aurions pu l'examiner avec les autres exceptions à la règle de l'insinuation des donations; car la dispense contenue dans la L. 34, § 1, D. *De Donationibus*, est en contradiction avec les principes développés dans ce chapitre. Le service rendu ne pouvant se ramener à aucune valeur vénale, l'existence du sentiment reconnaissant étant évidente, il y a bien là une vraie donation. Le texte cité est de Paul, qui, dans la rédaction originale des *Sententiæ receptæ* (1), l'appliquait à la Lex Cincia. Les compilateurs du Digeste l'adaptèrent aux formalités de la donation en vigueur de leur temps, en leur enlevant pour ce cas la sanction qui en assurait l'exécution, c'est-à-dire la révocabilité.

183. Jusqu'ici nous avons supposé qu'une certaine obscurité enveloppe l'intention fondamentale qui a présidé à l'acte, et nous avons essayé d'établir les règles à observer pour distinguer sûrement cette intention mère et la dégager des autres considérations accessoires et médiates qui ont laissé l'acte, en fait, une pure libéralité. Il se peut faire encore que plusieurs intentions principales, et pour ainsi dire solidaires, coexistent évidemment et se retrouvent dans l'acte, qui alors contiendra

(1) Lib. V, cap. II, § 6.

certainement une donation et certainement un acte à titre onéreux. Prenons un exemple : Titius vend à Gaïus, par le prix de 5,000 sesterces, un fonds qui en vaut 10,000, ou bien il lui cède une créance recouvrable et sûre pour une somme inférieure. Tandis que, dans les hypothèses précédentes, nous avons considéré l'acte comme indivisible, en lui donnant ou en lui refusant absolument le caractère d'une donation, nous suivrons ici une méthode opposée et nous le diviserons. L'acte en effet contient une vente et une donation, nous appliquerons à chacune d'elles les règles qui lui sont propres, et nous déciderons, que la dernière, quoique accolée à une vente, n'en doit pas moins être insinuée.

La seule réserve que nous ayons à faire est relative aux donations simulées et aux ventes contenant un prix dérisoire *nummo uno*. Il est clair que l'acte doit, pour le tout, reconquérir son vrai caractère de donation dissimulé par les parties ; et si l'insinuation n'en est pas faite, il aura à subir les effets de ce défaut de formalité.

L'acte de donation peut présenter un caractère mixte quand il contient en faveur du donateur une prestation réciproque stipulée pour l'avenir. Dans ce cas la donation est dite *sub modo*. Selon nous, il faut, pour savoir si une telle donation doit être insinuée, prendre garde que la prestation est appréciable en argent. Si elle l'est, on divisera l'acte ; la différence entre la valeur de la chose donnée et celle de la prestation stipulée constituera une donation à insinuer. Si, au contraire, la prestation n'est pas réductible en monnaie, il faudra appliquer les principes de la donation rémunératoire. Quant à la doctrine qui veut que la donation *sub modo* ne soit jamais soumise à l'insinuation, il suffit de lui répondre qu'autant vaudrait abolir cette formalité, car, pour s'en dispenser, les parties n'auront qu'à faire entrer dans leur acte le *modus* le plus insignifiant.

SECTION DEUXIÈME.

QUELLES DONATIONS DOIVENT ÊTRE INSINUÉES?

184. La disposition législative qui domine la matière nouvelle que nous abordons appartient à Justinien ; elle est de l'an 531, et se trouve au Code L. 36, § 3, *de Donationibus*. On peut la résumer ainsi : toute donation dont la valeur excède 500 *solidi* est soumise à l'insinuation.

Dans les pays où le Droit romain est resté jusqu'aujourd'hui la loi vivante, on donne au *solidus* la valeur du ducat de Hongrie ou de notre pièce de dix francs. En réalité, le *solidus* de Justinien valait douze francs cinquante centimes de notre monnaie.

Le principe est net; l'application peut en être parfois embarrassante. Une exposition des règles à observer est donc nécessaire.

Nous formulerons d'abord la méthode générale de computation, puis nous examinerons, en suivant l'ordre adopté dans la section précédente, les principes spéciaux se rattachant à chacun des éléments essentiels de toute donation.

I. — 185. Ou la chose donnée est une valeur présente et certaine, ou c'est une valeur incertaine.

Dans le premier cas, point de difficulté. Il ne faut que suivre les règles pratiques de justesse et de sincérité applicables à toute estimation. Si la valeur se ramène à une somme d'argent précise, l'estimation même est inutile.

S'il intervient entre les mêmes personnes, à des époques différentes, plusieurs donations, on peut se demander s'il ne faudrait pas les réunir pour établir la nécessité de l'insinuation, surtout quand il paraît que la donation a été divisée afin d'éluder la loi. Ce point, discuté par les anciens jurisconsultes relativement à la loi Cincia est tranché par la L. 34, § 3, *C. de Donationibus*.

M. de Savigny tire de ce texte, déjà fort critiquable, une con-

séquence qui, si elle était vraie, serait en bien des cas l'annulation de la loi sur l'insinuation. Il suppose que la donation résulte d'une obligation de 800 *solidi*, souscrite par le donateur au donataire. Cette donation n'est pas insinuée. En l'état, elle n'est inattaquable que pour 500 *solidi*. Plus tard, le donateur paie ces 500 *solidi*. Il y a là, dit-on, acquit d'une dette légitime; quant aux 300 *solidi* qui restent, ils deviennent l'objet d'une seconde donation qui, seule, n'excédant pas la quotité légale, est régulière et irrévocable.

Une telle extension donnée au texte nous paraît trop large pour ne pas être excessive. Qu'il s'applique aux donations, il faut en convenir; mais qu'il s'applique au paiement des donations, chose distincte, c'est ce que nous ne saurions admettre. Et cette solution n'est-elle pas contraire à ce que professe Savigny lui-même, à propos de la promesse de donation. C'est la promesse qui constitue l'aliénation et qui, seule, est soumise à l'insinuation; l'accomplissement de cette promesse n'étant qu'un paiement, n'y est pas soumis. Or, dans notre cas, n'en est-il pas de même? La donation une et indivisible des 800 *solidi* et la manière dont elle sera acquittée ne peut pas en modifier la nature; c'est à l'origine *une* donation importante, elle reste donation importante, et, à défaut d'insinuation, elle est valable jusqu'à 500 *solidi*, révocable pour le reste. Telle est la condition juridique de l'acte et il ne nous est pas donné de voir comment elle peut être changée par un paiement postérieur qui, lui, ne tombe pas sous la règle des donations (1).

186. Si l'objet de la donation est une valeur incertaine, l'incertitude peut porter sur l'existence même de la valeur, comme dans le cas de donation conditionnelle ; ou seulement sur la quotité, comme dans le cas de donation d'usufruit ou de rente viagère. Nous nous occuperons de plusieurs de ces points particuliers dans le paragraphe suivant.

Il en est un qui peut rentrer dans l'exposition de la méthode générale, car il n'appartient en particulier à aucune des divi-

(1) Savigny. *Traité de Droit romain*, t. IV, § 166. Traduction Guenoux.

sions que nous suivrons dans notre examen spécial. Nous parlons de la donation d'usufruit.

Comment, au point de vue de l'insinuation, une donation de ce genre doit-elle être évaluée ?

Il est d'abord un moyen fort simple : attendre la mort de l'usufruitier et jusque-là, en cas de contestation, fournir une caution, laquelle se confond alors avec la caution générale de l'usufruit. Diverses circonstances faciles à comprendre, résultant des inconvénients du retard et de la difficulté de trouver une nouvelle caution, font que ce moyen doit être rarement adopté dans la pratique.

En dehors de ce premier moyen, il n'en existe qu'un seul vrai. Tout le monde le déclare; mais on n'est plus d'accord quand il s'agit de formuler cet autre procédé d'insinuation : deux opinions différentes proposent chacune le sien.

L'une prétend que la valeur de l'usufruit est fixée régulièrement à la moitié de la valeur de la pleine propriété. Elle met en avant un argument d'analogie que lui procure les L. 16, § 1, D. *Familiæ erciscundæ;* L. 6, § 10, D. *Communi dividundo;* L. 6, § 1, D. *de Usufructu.*

Ces lois ne nous paraissent apporter aucun appui réel à l'opinion qui les invoque. Sans doute, elles prévoient le cas où, entre héritiers ou communistes partageants, on attribue à l'un l'usufruit, à l'autre la nue propriété. Mais évidemment le législateur ne se préoccupe aucunement de la valeur comparative de la nue propriété et de l'usufruit. Il suppose que ces deux valeurs ont été trouvées égales; et, si elles ne le sont pas, on les égalisera, soit en argent, soit au moyen d'autres objets. Or, ce qu'il s'agit précisément de savoir et ce que ces textes ne nous apprennent pas, c'est *comment* on déterminera la valeur de l'usufruit.

187. Cette méthode d'estimation, nous la trouvons dans un autre lieu du Digeste; elle consiste à prendre pour base la durée probable de la vie de l'usufruitier. Le calcul se fait ensuite comme la loi le prescrit : « Computationi in alimentis faciendæ hanc formam esse Ulpianus scribit, ut *a prima ætate* usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum

computetur, ejusque quantitatis Falcidia præstetur : *ab annis vero viginti* usque ad annum vicesimum quintum, annorum viginti octo : *ab annis vigintiquinque* usque ad annos triginta, annorum vigintiquinque : *ab annis triginta* usque ad annos trigintaquinque, annorum viginti duo : *ab annis trigintaquinque*, usque ad annos quadraginta, annorum viginti : *ab annis quadraginta* usque ad annos quinquaginta, tot annorum computatio fit, quot ætati ejus ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno : *ab anno vero quinquagesimo* usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem : *ab annis quinquagintaquinque* usque ad annum sexagesimum, annorum septem : ab annis sexaginta, cujuscunque ætatis sit, annorum quinque : eoque nos jure uti Ulpianus ait, et circa computationem usufructus faciendam. Solitum est tamen *a prima ætate* usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri ; *ab annis vero triginta*, tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur ; nunquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique, et si reipublicæ usufructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit. » (L. 68, pr. D., *ad Legem Falcidiam*).

Jusqu'aujourd'hui rien de mieux n'a été imaginé. Cette manière de calculer doit s'appliquer à la computation d'une donation d'usufruit ; et si, d'après les règles exprimées, la donation est trouvée valoir plus de 500 *solidi*, elle doit être insinuée ; si l'opération donne un chiffre inférieur, l'insinuation est inutile.

II. 188. Reprenons maintenant chacun des cinq éléments constitutifs de la donation, et voyons le rapport de chacun d'eux avec le chiffre juridique de la donation, qu'il faut déterminer.

Et d'abord l'existence d'un acte : ce premier élément ne doit pas nous arrêter longtemps. S'il n'existe aucun acte, il est clair que tout calcul est impossible, faute de quantité, ou faute de base.

Il se peut faire cependant que la libéralité, dans son résultat, provienne d'un acte négatif et d'un acte positif. Il faudrait alors voir ce qui vient de l'acte positif, et le comput de la donation ne

porterait que sur cette portion de la libéralité. L'autre portion, celle qui vient de l'acte négatif, devrait être laissée en dehors, puisque, à quelque chiffre qu'elle s'élevât, elle ne devrait jamais être insinuée.

189. Il faut, avons-nous dit, que l'acte soit entre-vifs, et à ce propos nous avons examiné la question de savoir si la donation à cause de mort doit être insinuée. Notre opinion étant qu'elle doit l'être sous l'alternative d'une autre formalité, nous avons à nous demander comment l'objet ainsi donné doit être estimé. Il nous semble qu'il y a lieu de distinguer. La donation, est-elle faite (comme celle de Télémaque à Piræus), en vue d'un danger spécial; produit-elle des effets immédiats, mais non définitifs, puisqu'ils sont soumis à la condition que le donateur succombera au danger; dans ce cas l'estimation doit se faire comme celle d'une donation ordinaire. D'autre part, la *mortis causa donatio* est-elle faite en dehors de la prévision d'un péril déterminé, et ses effets ne doivent-ils se produire qu'à la mort du donateur, la méthode à suivre pour en estimer la valeur sera différente. Si on l'estimait au moment même de la confection de l'acte, il faudrait au moins tenir compte de la réserve d'usufruit qui existe au profit du donateur. Pour chiffrer cette dernière valeur et la déduire de la valeur totale de l'objet donné, on n'aurait qu'à suivre la voie ouverte par la loi 68, pr. D. *ad legem Falcidiam*, rapportée plus haut. Mais là n'est pas le seul embarras. La *m. c. donatio* est essentiellement conditionnelle, puisqu'elle dépend du prédécès du donateur et de la non-révocation de sa libéralité. Il faut donc, selon nous, assimiler, à ce point de vue restreint, la donation à cause de mort de la seconde variété, aux donations conditionnelles ordinaires, dont nous parlerons bientôt. Ajoutons, dès maintenant, que l'estimation doit se faire seulement lors de l'arrivée de l'événement, dans notre cas la mort du donateur; et alors elle se fait comme s'il s'agissait d'une donation pure et simple.

190. En ce qui touche la transmission d'un patrimoine dans l'autre, que doit renfermer toute donation, et sur les caractères de cette transmission, nous devons nous arrêter quelque peu. Ce

point de vue est à considérer relativement à l'estimation de la chose donnée.

La chose transmise porte avec elle des valeurs accessoires souvent importantes. La première de ces valeurs de résultance est l'intérêt sous ses divers aspects, fruits, revenus en argent, *usuræ*, croît et laine (d'un troupeau). Quel compte faut-il faire de ces choses dans l'estimation d'une libéralité ?

Les intérêts en général peuvent être considérés soit dans leur rapport avec le capital, soit indépendamment de ce capital.

Si on ne les sépare point du principal, la règle qui domine la matière se formule ainsi : l'estimation de la chose donnée doit se faire sans égard à l'augmentation progressive qui peut résulter des fruits à venir. Pour justifier ce principe, on peut invoquer et les textes et la raison juridique. La L. 11, D. *de Donationibus* est formelle : « Cum de modo donationis quæritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque pensionum, neque mercedum, ulla donatio facta esse videtur. » Et le motif en est que pour les fruits à venir il n'y a pas de transmission. Ils ne sortent pas du patrimoine du donateur, puisqu'ils n'en font point partie.

Ce que nous venons de dire s'applique aussi bien aux intérêts d'une somme d'argent qu'aux fruits d'un fonds de terre. Ainsi, une donation inférieure à 500 *solidi* ne devient pas une *donatio insinuanda*, parce que, avec les intérêts, elle pourra dans la suite dépasser 500 *solidi*.

Si même une donation de 800 *solidi* a été faite sans insinuation, et que plus tard la donation soit révoquée pour les 300 *solidi* excédant la fixation légale, le donateur n'a pas le droit de réclamer les intérêts de cette somme.

Cette dernière vérité nous fournit une transition. Le motif qui l'étaie appartient, en effet, au second des points de vue signalés, celui d'où l'on considère les intérêts comme valeur indépendante du capital donné.

En effet, le principe général, qui comprend l'hypothèse énoncée ainsi que toutes les autres, est celui-ci : les annuités, échéances d'intérêts, récoltes, etc., forment autant de petites donations particulières non sujettes à l'insinuation.

Une difficulté se présente toutefois qui, à notre connaissance, n'est pas soulevée dans les livres. Que faudrait-il décider si chacune des annuités était supérieure à 500 *solidi*? Le principe paraît bien ne pas s'appliquer, puisqu'il s'appuie seulement sur la modicité présumée des intérêts ou fruits pendant un an. L'*à contrario* ne serait-il pas invoqué à propos dans le sens de la nécessité de l'insinuation? Et toutes les considérations d'utilité pratique ne viendraient-elles pas militer en faveur de cette décision? Le contester serait impossible; et pourtant, la dispense d'insinuation nous paraît inévitable, même dans ce cas. La L. 11, D. *de Donationibus*, déjà citée, est formelle et n'admet aucune élimination. Ce texte, en effet, ne distingue ni entre les annuités modiques et importantes, ni entre les annuités passées ou futures. *Sit pro ratione voluntas.*

191. A cela se rattache une question qui n'est pas à négliger. Comment doit s'évaluer la donation d'une rente? Ici, l'annuité est fort indépendante du capital, puisque le capital lui-même ne forme pas l'objet de la donation. D'après les plus graves autorités, les règles existantes en matière d'intérêts reçoivent exception, si la rente donnée peut se ramener à une somme déterminée et calculable d'avance; si, par exemple, elle est promise pour un certain nombre d'années. La valeur de la donation se détermine alors d'après la somme des paiements. Leur pluralité est une circonstance indifférente, la promesse est considérée comme une obligation simple et indivisible, non comme la réunion de plusieurs dettes indépendantes l'une de l'autre.

Pour le cas où au contraire le total réel et définitif des paiements ne pourrait être d'avance établi, des controverses s'étaient élevées parmi les anciens jurisconsultes. Justinien en nous les faisant connaître y met fin. L. 34, § 4. C. *de Donationibus*. L'Empereur suppose trois cas possibles :

Ou la rente doit finir à la mort du donateur ou du donataire, et alors l'insinuation n'est pas exigée; chaque paiement est considéré comme une donation distincte.

Ou bien la rente doit finir à la mort, soit de l'héritier immédiat du donateur, soit de l'héritier immédiat du donataire: l'in-

sinuation est exigée toujours; la durée de la rente est longue et indéfinie; on l'assimile à une rente perpétuelle.

Ou enfin les héritiers du donateur doivent continuer de payer la rente à ceux du donataire : la réalité remplace la fiction; la rente est perpétuelle, l'insinuation (*a fortiori* de l'hypothèse précédente) est nécessaire.

192. Nous arrivons maintenant au cas où la transmission ne produit pas d'effets immédiats, ou ne produit immédiatement que des effets incertains.

La promesse de donation est assimilée entièrement à la donation pure et simple. L'objet doit être estimé comme s'il était transmis présentement, et l'insinuation doit ou non se faire suivant qu'il excède ou qu'il n'excède pas 500 *solidi*.

L'objet de la donation peut être une créance conditionnelle; première incertitude. Il se peut faire de plus que, l'événement se réalisant, le recouvrement de la créance soit douteux; seconde incertitude. Comment évaluer une semblable donation?

Estimer le degré de vraisemblance qu'offre l'accomplissement de la condition? ce serait bien difficile. Ici encore nous suivrons par analogie les moyens prescrits pour l'évaluation de la Falcidie.

L. 45, § 1; L. 73, § 1, D. *Ad legem Falcidiam :* On attendra que la condition soit accomplie ou ait fait défaut.

L. 82; L. 22, § 4, D. *Ad legem Falcidiam.* Si le recouvrement lui-même est douteux, et que l'événement soit arrivé, on se réglera d'après la valeur vénale, supposée possible, de la créance donnée. Nous disons la valeur vénale supposée possible, car il ne faut pas oublier qu'une loi spéciale, *lex Anastasiana*, est venue prohiber toutes les ventes de ce genre.

193. L'enrichissement du donataire, quatrième élément essentiel de la donation, peut aussi avoir son influence sur l'estimation de l'objet et, par suite, sur la nécessité ou l'inutilité de l'insinuation.

Si l'objet donné a une valeur plus grande que l'enrichissement qui en résulte pour le donataire, l'estimation ne doit porter que sur l'enrichissement procuré. Prenons une hypothèse. Pri-

mus, d'après sa position de fortune, peut dépenser 400 *solidi* par an, pour son logement. Secundus lui concède gratuitement l'habitation d'une maison dont le loyer annuel est de 600 *solidi*. La donation ne devra pas être insinuée, car l'enrichissement du donataire n'est que de 400 *solidi*. Les 200 autres *solidi* augmentent ses jouissances, mais n'augmentent pas ses biens, puisqu'ils ne lui épargnent pas une dépense qu'il aurait faite. Cela n'est vrai d'ailleurs que pour le cas où la concession est accordée pour un temps indéterminé, chaque terme étant considéré comme une donation particulière. Souvenons-nous bien que si la concession portait sur un certain nombre d'années, les termes de 400 *solidi* pouvant s'additionner, constitueraient une somme unique, objet d'une seule donation, dont la quotité entraînerait naturellement l'insinuation.

194. La perte de la chose peut avoir sur le chiffre légal de la donation une influence sérieuse. Il nous faut la déterminer. Pour le faire, nous suivrons le plan tracé dans le § IV de la section précédente.

Première question. — La perte de la chose est-elle absolue, n'est-elle que relative? En d'autres termes, la chose donnée et perdue est-elle ou n'est-elle pas remplacée dans le patrimoine du donataire par une autre chose qui la représente?

Voici comment naissent dans la pratique les difficultés qui se rattachent au point qui nous occupe. Une donation est faite et n'est pas insinuée; un certain temps s'écoule, la chose donnée périt en totalité ou en partie; on présente ensuite la donation à l'insinuation. Pour reconnaître si elle y est ou non soumise, il faut l'estimer; il s'agit de savoir, dans cette estimation, le compte qu'il faut faire de la portion perdue.

C'est à cette question, sous son double aspect théorique et pratique, que les distinctions suivantes vont répondre.

Trois cas sont possibles.

A. — La chose donnée et perdue est remplacée par un autre objet encore existant au moment où l'insinuation est requise. On estimera, dans ce cas, ce dernier objet sans que le chiffre à porter puisse jamais dépasser la valeur de la chose donnée primitive-

ment, seule valeur sortie du patrimoine du donateur. Le donataire d'une somme de 500 *solidi* les a employés à l'achat d'une chose de 700 *solidi;* lors de l'insinuation on n'estimera la donation qu'à 500 *solidi*, les 200 autres n'étant que le fruit d'une heureuse spéculation ; par suite, il n'y aura pas lieu de recourir à la formalité.

B. — Si la chose perdue n'a pas été remplacée, il faut décider, en principe, que la computation doit en être faite. Cette solution qui, d'ailleurs, va bientôt être tempérée par les restrictions provenant du second point de vue où nous nous placerons, cette solution n'est pas vraie en matière de donations entre époux, puisqu'alors il n'est pas suffisant que le donataire *ait été enrichi dans le passé;* il faut qu'il *soit encore enrichi*. Mais ceci est évidemment une faveur spéciale aux époux, qui ne peut s'étendre à tous les donateurs et donataires. L'objet donné ayant *quelque temps* enrichi le donataire, forme par cela seul l'objet d'une donation et conséquemment doit être mis en ligne de compte, pour déterminer si l'acte est ou non insinuable.

C. — Il est possible enfin que la chose donnée et perdue ait été remplacée, mais que la chose remplaçante ait elle-même péri ou bien ait été échangée. Pour ce cas, il faut répondre d'une manière absolue que jamais la computation ne doit porter sur ces valeurs, que la disparition ait pour cause la volonté de l'homme ou un cas fortuit.

195. *Seconde question.* — Le fait qui a produit l'anéantissement de la chose donnée est-il volontaire ou involontaire?

Supposons d'abord qu'il vienne de la volonté de l'homme. Deux cas sont possibles.

A. — La perte de l'objet donné a-t-elle sa cause dans la volonté du donateur, il est bien évident que la chose ainsi perdue par le donataire ne doit pas entrer dans le comput de la donation.

B. — La perte de la chose peut venir de la volonté du do-

nataire. D'après la rigueur des principes, la computation de la donation devrait comprendre la valeur de la chose ainsi perdue. La seule distinction possible, selon nous, serait celle-ci. La chose perdue par la simple faute du donataire ne doit pas être comptée; il en est au contraire de celle qui aurait été perdue par son dol.

Si nous supposons maintenant que la perte de la chose doive être attribuée à un cas fortuit ou de force majeure, nous n'avons qu'un mot à dire : la chose ainsi perdue ne doit jamais être comptée pour grossir le chiffre de la donation. Ce cas est entièrement assimilé à celui où la perte de l'objet donné a sa cause dans la volonté du donateur.

196. L'intention d'enrichir, dernier élément de la donation, ne doit pas nous arrêter. Dans les *negotia mixta*, dont nous avons parlé, quand la partie de l'acte qui forme la vraie donation est une fois dégagée, on la considère comme une donation ordinaire et on l'évalue d'après toutes les règles qui président à l'évaluation de ces donations.

SECTION TROISIÈME.

EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'INSINUATION.

197. Les lois romaines contiennent l'énumération disséminée de divers cas, où la donation, quelle que soit sa valeur, est dispensée de la formalité de l'insinuation.

En première ligne se trouvent les donations où l'Empereur figure comme donateur ou donataire avec des personnes privées, et celles qui sont faites pour *causa piissima*, c'est-à-dire le rachat des captifs : « Exceptis donationibus, tam imperialibus, quam iis, quæ in causas *piissimas* procedunt. » (L. 34, pr., C. *de Donationibus*.)

Ce superlatif a une portée juridique : les donations pour *causa*

PIA sont soumises au droit commun (L. 34, § 1. C. *de Donationibus.*)

L'immunité existe pour les donations faites pour la reconstruction d'une maison écroulée ou incendiée; mais à la condition que l'objet soit une somme d'argent : « Eamdem liberalitatem nostræ legis indulgemus, etiam his quorum domus incendio vel ruina corruptæ sunt : quibusdam forte *pecunias* cujuscumque quantitatis præbentibus, vel cautionem conficientibus, ut et ipsi nec repetitionem timeant, verumetiam exactionem *pecuniarum*, confessioni insertarum facere possint, licet gesta non fuerint subsecuta..... »

On a prétendu que la loi n'était pas limitative dans sa désignation, et qu'elle n'excluait pas les valeurs autres que l'argent. Nous ne saurions admettre cette idée, d'abord par une raison d'utilité et de crédit ; ensuite par un motif tiré de la comparaison de ce texte avec la L. 34, § 1, C. *de Donationibus.* Tandis que cette dernière loi exprime et porte avec elle son extension, (*Sin autem non in auro res donationis fuerint datæ, sed per res mobiles, vel immobiles, vel se moventes : quantitatem earum æstimari, et siquidem usque ad legitimam solidorum summam erigatur, validam eam esse.....*) l'autre loi, émanée du même Empereur, ne parle expressément que des *pecuniæ.*

Pour la donation *piissima causa*, et pour la donation faite à fin de reconstruction d'une maison brûlée ou renversée, s'il s'élève une difficulté sur l'emploi des sommes, on s'en rapporte au serment du donataire. (L. 36, § 2, *ad fin.* C. *de Donationibus.*)

198. Sont encore exemptées de l'insinuation : les donations de choses mobilières faites par un *magister militum* pour récompenser le courage des soldats. (L. 36, § 1, C. *de Donationibus.*)

Il en est de même de la *pollicitatio* qui, à proprement parler, n'est pas une donation, mais une promesse faite en l'honneur d'une ville ou d'une divinité. Dans ce dernier cas, elle portait le nom de *Votum.*

Une autre exception au régime de l'insinuation est consacrée en faveur de la dot. Que la dot constituée à la femme par elle-même n'ait pas besoin d'être insinuée, cela va de soi : il n'y a

pas là donation véritable. Mais la disposition exceptionnelle apparaît bien quand Justinien (l. 31, pr. C. *de Jure dotium*) dispense d'insinuation la constitution de dot faite à la femme par un étranger.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES EFFETS DE L'INSINUATION ET DU DÉFAUT D'INSINUATION.

199. L'insinuation et le défaut d'insinuation produisent des effets importants qu'il est facile de généraliser en une formule brève, mais dont l'étude détaillée, pour n'être pas confuse, doit être divisée méthodiquement. Nous examinerons les conséquences de l'observation ou de l'inobservation de cette formalité, d'abord entre les parties à l'acte, le donateur et le donataire, puis à l'égard des tiers.

La division adoptée est celle qui répond le mieux à l'idée générale qui domine ce travail et qui fait de l'insinuation un moyen de publicité, une institution de crédit; du crédit à sa période, non de développement, mais de formation première.

Le résumé de notre troisième chapitre est contenu dans cet axiome juridique déjà énoncé :

L'insinuation est une formalité *nécessaire* de sa nature.

La donation insinuée est un acte parfait, la donation non insinuée est un acte incomplet, si elle excède 500 *solidi*. Dans ce dernier cas, lorsque la libéralité est dite *immodica*, le défaut d'insinuation n'enveloppe point dans ses conséquences l'acte tout entier. Il n'est frappé d'imperfection que pour la partie qui excède 500 *solidi*. Jusqu'à concurrence de ce chiffre, la donation est valable dans toute l'extension du mot. Nous ne tarderons pas à revenir sur ce principe.

200. A ce propos, qu'il nous soit permis de risquer une critique de la terminologie mise en usage par les maîtres. On a presque constamment dit et écrit, qu'à défaut d'insinuation, la donation importante, entendez la donation supérieure à 500 *solidi*, est un acte *nul*. La nullité, dans son acception ordinaire, est indivisible. Un acte nul ne peut pas être valable pour partie. Or,

la donation non insinuée est valable jusqu'à 500 *solidi*. Si elle était nulle, vraiment nulle, elle ne produirait aucun effet ; celui-là pas plus que d'autres. Par exemple, les fruits de la portion excédante, recueillis par le donataire, pourraient être réclamés par le donateur, et l'on sait que celui-ci n'a aucune action pour exercer cette répétition. Sans doute, l'on peut dire que l'impossibilité de cette répétition vient de ce que les fruits sont considérés comme autant de petites donations séparées, que leur modicité dispense de l'insinuation. Mais il ne faut pas se payer de mots. L'explication est juste si l'on suppose que chaque annuité est inférieure à 500 *solidi*. Supposons qu'elle soit supérieure, l'explication tombe d'elle-même ; et cependant le donateur ne pourra rien répéter des fruits ; un texte déjà cité nous l'apprend : « Cum de modo donationis quæritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque pensionum, neque mercedum donatio ulla facta esse videtur (1). » L'effet subsiste, donc la donation n'est pas *nulle* à proprement parler.

Nous verrons la donation non insinuée exercer une influence positive dans d'autres cas encore.

I. — 201. Vis-à-vis du donateur, la donation, une fois insinuée, est un acte irrévocable pour lui. Sa volonté perd tout empire sur le bien donné. Si le nouveau propriétaire voulait, par une libéralité, faire rentrer la chose dans le patrimoine d'où elle est sortie, l'acte constituerait une donation nouvelle soumise à toutes les règles des donations faites dans les circonstances ordinaires.

202. La chose donnée peut avoir cessé d'exister entre les mains du donataire, soit absolument, soit *specialiter*.

Si une donation de 800 *solidi* a été faite sans insinuation, et que le donataire ait lui-même donné ou dissipé ces 800 *solidi*, le donateur peut, d'après la rigueur des principes, répéter 300 solidi ; car le donataire détient injustement la chose d'autrui, 300 *solidi* (2); *id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri*

(1) L. 11. D. *de Donationibus*.
(2) *Analog.* L. 6. D. *De Donat. inter virum et uxorem*.

intelligitur et dès lors il est considéré comme un donateur fictif. Une maison valant 2,000 *solidi* a été donnée, et aucune insinuation n'a été faite. Le donataire laisse, par imprudence, incendier la maison; il ne reste plus qu'un terrain de 200 *solidi*. Quels seront les droits du donateur? Pourra-t-il répéter 1,500 *solidi*? Ici deux principes contraires: l'un, qui conduirait à l'affirmative, est tiré des règles de l'insinuation même, combinées avec celle de la *Lex Aquilia*. La donation non insinuée avait créé, comme nous le verrons, une propriété indivise (1), dont les trois quarts demeuraient au donateur. Mais la destruction de la chose commune donne lieu à l'*actio Legis Aquiliæ* pour la portion qui ne nous appartient pas. « Sed si communem servum occiderit quis, Aquilia teneri eum, Celsus ait; idem est et si eum vulneraverit.—Scilicet pro ea parte, pro qua dominus est qui agat (2). »

Cette solution, rigoureuse à l'excès contre le donataire, est contrariée par une analogie puissante qui nous détermine à la rejeter. En effet, dans le cas d'une donation prohibée entre époux, le donataire eût été alors protégé par le sénatus-consulte de l'an 206, qui, à la vérité, s'occupe du mariage et non de l'insinuation. Mais le bénéfice des dispositions qu'il contient ne doit-il pas, sur ce point, être étendu au donataire ordinaire? Suivant une observation très-juste, si les principes de la donation ont été, sous le droit Justinien, soigneusement posés au sujet de la prohibition entre époux, et n'ont point été reproduits expressément au sujet de l'insinuation, c'est que le législateur avait supposé que les développements scientifiques antérieurs devaient s'appliquer à l'insinuation. Il existe en outre une grave considération indépendante du sénatus-consulte, et qui peut-être l'a motivé: la persistance de la volonté du donateur explique la dissipation ou excuse la négligence du donataire, et rend le dol impossible de sa part. Il n'y a pas de raison pour que ce principe, puisé dans la nature même des choses, ne s'applique point à l'omission de l'insinuation.

(1) V. M. Demangeat. *Cours élémentaire de Droit romain*, t. I, p. 571.
(2) LL. 19, 20. D. *Ad Legem Aquiliam*.

203. Dans le cas où le donataire aurait échangé la chose à lui donnée sans insinuation, il devrait rendre la portion illégalement transmise, dont il se trouverait encore enrichi, mais il ne devrait rien pour la diminution de valeur qui pourrait résulter de l'échange Ainsi, s'il a échangé une maison à lui donnée et valant 2,000 solidi contre une autre maison n'en valant que 1,000, il sera seulement tenu de restituer 500 solidi, parce que les 1,000 autres solidi compris dans la donation originaire, ne font plus partie de ses biens.

204. A un certain point de vue, la nullité résultant du défaut d'insinuation est profitable au donataire. Dans le cas où la donation faite *sub modo* aurait dû être insinuée et ne l'a pas été, elle est annulée sans doute, mais les prestations dues par le donataire cessent avec son bénéfice. S'il a fait des dépenses pour l'accomplissement du *modus*, ces dépenses, faites d'après la volonté même du donateur, constituent une réduction partielle de la donation, qui diminue d'autant la somme à rendre, et même peuvent, abaissant cette donation jusqu'à 500 *solidi*, dispenser le donataire de toute restitution.

205. Le défaut d'insinuation exerce une influence énergique sur l'usucapion. En droit purement philosophique, il semble que si l'on considère la simple donation indépendamment de ses formalités variables, comme un mode de transmission et d'acquisition *jure gentium*, il semble, disons-nous, qu'elle devrait servir de titre à l'usucapion dans le cas même où elle n'aurait pas été insinuée (1). Il résulte cependant du principe de la nullité absolue, que, pour l'excédant de la valeur, la donation ne saurait jamais être un titre d'usucapion. Cette vérité incontestable est une dérogation aux anciennes règles de la *lex Cincia*, dont la violation pouvait être couverte par l'usucapion. Au point

(1) V. Doneau, *de Jure civili*, lib. V, cap. 2, § 10, et la curieuse dissertation ajoutée par Oswald Hilliger (*loc. cit.*, édition de Florence de 1840), dans laquelle l'auteur établit que la donation relève du *jus gentium*: « Quam quæso, quo ævo gentem ostendes, vel ultra Sinas et Japones, et vel e maxime barbaris, cui exercitium liberalitatis omne, donationis omnis usus ignoratus? »

de vue de la *fides*, la situation du donataire est mixte, quant à l'excédant de 500 *solidi* bien entendu. Il doit être considéré comme possesseur de mauvaise foi, en ce sens qu'il sait n'avoir aucun droit de propriété, et comme possesseur de bonne foi, en ce sens qu'il est fondé à se croire possesseur de l'aveu du propriétaire, tant que celui-ci n'a pas exprimé la volonté contraire en intentant l'action qui lui appartient.

206. Mais quelle est cette action? La réponse à cette question pourra contenir le résumé de cette matière et la transition à la section suivante:

Dans le cas où l'insinuation était prescrite par la loi, si on négligeait de l'opérer, l'inefficacité qui s'ensuivait ne portait pas sur l'acte entier; la donation restait valable jusqu'à 500 *solidi* et l'inefficacité ne l'atteignait que jusqu'à concurrence de ce qui excédait cette somme (1).

Que le surplus pût être réclamé par le donateur, même après la tradition, cela ne souffre aucun doute. On discute seulement sur le point de savoir si, pour atteindre le but de sa réclamation, le donateur a simplement une action personnelle contre le donataire, ou s'il a une action réelle contre tout tiers détenteur.

Une opinion fort répandue en Allemagne pendant la première partie de ce siècle, n'accordait au donateur qu'une action personnelle. L'illustre professeur Marezoll fut le premier à la combattre; il fit remarquer que Justinien lui-même enseigne que très-souvent une action réelle, la *rei vindicatio*, appartient au donateur, et du reste cette solution ressort de la nature même et de l'ensemble du rapport de droit que nous étudions. L'action réelle trouve toujours place, notamment lorsque la donation a pour objet, non de l'argent, mais d'autres biens, meubles ou immeubles. Ainsi, d'après le texte de Justinien, jusqu'au partage ou à l'arrangement postérieur, il existe une *communio*, une copropriété des choses données, entre le donateur et le donataire.

« Sin autem non in auro res donationis fuerint datæ, sed per res mobiles vel immobiles, vel se moventes, quantitatem earum

(1) L. 34. pr. L. 36, § 3, C. *de Donationibus*.

æstimari, et si quidem usque ad legitimam solidorum summam erigatur, validam eam esse, et sine monumentis conservari. Sin autem amplioris summæ inveniatur et minime actis comprobata est, superfluum tantum vacuari. »

§ 2. *Ne autem communione inducta donatori et ei qui liberalitatem suscepit, aliqua oriatur contentio, etc.* (1).

On lit à la fin de ce paragraphe :

« Sin autem in hujusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, *amplioris summæ dominus* noluerit offerre æstimationem tum licebit..... etc. »

Le copropriétaire conserve la copropriété de la chose donnée, jusqu'à concurrence de l'excédant. Il est le *dominus rei*, eu égard à la valeur de la portion qui lui revient dans la chose; il est donc impossible de douter qu'il ait une action réelle, la *rei vindicatio* contre tout tiers détenteur.

De même, il résulte en quelque sorte de la nature de l'acte, que le donateur conserve sa propriété sur l'excédant, car l'efficacité de la donation est subordonnée par la loi à l'observation des formes prescrites. Tout ce qui a été fait contrairement à ces formes et en violation de la loi qui les organise, est inexistant et nul, *ipso jure*, quand même aucune attaque ne se serait produite. On peut considérer qu'en cette hypothèse la tradition ne produit aucun effet, et que la propriété n'est point transmise du donateur au donataire.

On n'a donc point besoin d'invoquer l'analogie de la *donatio inter virum et uxorem* (2). En sens contraire, on invoque une autre prétendue analogie qui ne prouve pas davantage. On la tire de la révocation de la donation pour ingratitude du donataire; cas où le donateur n'a point d'action réelle, où il n'a qu'une simple action personnelle. Mais alors nous avons une donation valable qui, pour être anéantie, doit être révoquée, tandis que le défaut d'insinuation fait qu'eu égard à l'excédant

(1) L. 34. Cod. *de Donationibus*.

(2) Cet argument avait été produit par Schweppe : *Das rœmische Privatrecht*, partie 2, nº 500.

de 500 *solidi*, la donation a été dès l'origine nulle et inexistante.

Si l'insinuation n'a pas été faite et que l'objet donné soit de l'argent, le donataire doit payer ce qui excède 500 *solidi*. Si la donation porte sur d'autres objets, qu'ils soient meubles ou immeubles, une *communio* proportionnelle à une estimation préalable s'établit de la manière suivante entre le donateur et le donataire : celui des deux communistes qui, d'après l'estimation faite, a la plus grosse part dans la chose commune, est en droit de l'acheter en payant à son communiste la somme représentative du droit de celui-ci, et de se rendre ainsi seul et exclusif propriétaire. Ce droit appartient tout d'abord à celui qui a la plus grande part dans la chose. S'il ne veut pas en user, la même faculté ne passe point, en principe, à l'autre communiste; et, dans ce cas, la chose donnée doit être partagée. Ce n'est que dans le cas où la chose serait impartageable, que le bénéficiaire de la plus faible portion aurait le droit de l'acheter pour lui seul (1).

II. 207. Ces principes exposés, nous pouvons aborder la difficile question qui sort des deux hypothèses suivantes :

Un donateur voulant faire sans insinuation une donation de 1,500 *solidi* s'engage pour pareille somme envers le créancier de son donataire;

Ou bien le donateur délègue son propre débiteur au donataire.

Comme on l'aperçoit, il existe dans les cas proposés deux actes juridiques : entre les parties, une donation, laquelle est certainement nulle ; et vis-à-vis du tiers, une délégation. La difficulté est de savoir si, vis-à-vis de ce tiers, la délégation est nulle comme la donation l'est entre les parties. Faisons bien voir quelles sont les conséquences et l'importance pratique de l'une ou l'autre solution :

(1) Dans ce dernier numéro, nous faisons de nombreux emprunts à l'excellent travail publié par MAREZOLL, en tête du *Journal de Linde : Uber die Insinuation der Schenkungen nach dem neuesten rœmischen Rechte.* (1828).

Décide-t-on que la nullité de la donation doit s'étendre à la délégation : dans le premier cas, le créancier du donataire ne pourra réclamer du donateur, et dans le second cas, le donataire ne pourra réclamer du débiteur du donateur que 500 *solidi* ; s'il demande davantage, il sera repoussé.

Pense-t-on, au contraire, que la nullité de la donation laisse subsister la délégation, le créancier du donataire pourra exiger du donateur ou le donataire pourra exiger du débiteur du donateur la somme entière, sauf au donateur à réclamer du donataire l'excédant de 500 *solidi*.

La différence, on le conçoit, pourrait avoir dans la pratique une grande importance, si le donataire devenait insolvable peu de temps après la délégation. Décide-t-on que la nullité enveloppe les deux actes et qu'elle a lieu *erga omnes ;* le donateur se trouvera garanti contre cette insolvabilité. Si on pense que l'acte est valable vis-à-vis du tiers, le donateur sera contraint de débourser ou de ne point recevoir 1,000 *solidi*, qu'il ne pourra point regagner en exerçant son recours contre le donataire.

Sur cette importante et difficile question on n'a, à vrai dire, produit que des arguments d'analogie. De part et d'autre on invoque la solution donnée aux deux cas proposés en matière de donation entre époux, et la connexité juridique qui unit l'inobservation des règles de l'insinuation à l'inobservation des règles de la prohibition des donations *inter virum et uxorem*.

En somme, nous n'avons que des principes tirés de l'ancien droit : une règle générale d'où résulterait la nullité, une exception d'où résulterait la validité ; laquelle des deux faut-il appliquer à notre espèce ?

Deux textes au Digeste paraissent trancher la question. Le premier est la loi 5, § 2, D., *de Donationibus inter virum et uxorem*. Il est ainsi conçu : « Generaliter tenendum est quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, *aut per interpositas personas, donationis causa agatur, non valere.* »

Voilà le principe général bien clairement exprimé. Si le donateur ne pouvait que l'invoquer seul, le tiers aurait une réponse toute prête à lui opposer. Il ne manquerait pas de lui dire que

le principe n'est pas contesté, mais que les deux lois 5, § 5, *de Doli exceptione*, et 21, § 1, D., *de Donationibus*, y font exception; et cette réponse aurait d'autant plus de force que ces deux lois statuent sur le cas de donation ordinaire, point sur la matière voisine, mais après tout distincte, de la prohibition des donations entre époux. La L. 5, § 5, D., *de Doli exceptione*, tirée du Commentaire de Paul sur l'Édit, porte que quand le donateur s'engage envers le créancier du donataire, il n'a pas d'exception contre la demande de celui-ci, mais seulement une condiction contre le débiteur primitif pour se faire libérer de la dette, ou restituer la somme si la dette a été acquittée : « Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo : non poterit adversus petentem uti exceptione : quoniam creditor suum petit. » — L'autre loi (L. 21, § 1, D., *de Donationibus*), tirée des écrits de Celsus, décide que quand le donateur délègue son débiteur au donataire, le débiteur n'a point d'exception; mais le donateur peut, avant le paiement, intenter une action en rescision contre le débiteur, et, si la dette a été payée, une action en restitution de la somme contre le donataire : « Sed si debitorem meum tibi donationis immodicæ causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione, necne, tractabitur? Et meus quidem debitor, exceptione te agentem repellere non potest : quia perinde suum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris. Sed ego (si quidem pecuniæ a debitore meo nondum solutæ sint) habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit : ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem. »

L'argumentation du tiers paraît péremptoire et les textes décisifs. Malheureusement pour lui et pour la prompte solution de la difficulté, les deux mêmes hypothèses sont également prévues et tranchées en sens inverse dans les deux paragraphes qui suivent immédiatement le passage par nous cité de la loi 5, D., *de Donationibus inter virum et uxorem* : « § 3. Si debitor, viri

pecuniam, jussu mariti, uxori promiserit, nihil agitur.— § 4. Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fidejussorem dederit, neque virum liberari, neque mulierem obligari vel fidejussorem ejus, Julianus ait : perindeque haberi, ac si nihil promisisset. »

Comme on le voit, la difficulté se résout en une antinomie de textes. Lesquels faudra-t-il appliquer ?

Selon nous, c'est la loi 5, § 2, 3 et 4, D., *de Donationibus inter virum et uxorem*, qui nous fournit la vraie solution. Cela est la conséquence de ce que nous avons dit de l'analogie étroite créée par la législation justinienne entre les règles de la prohibition entre époux et celles de l'insinuation.

Mais, reprendra le tiers, les deux textes invoqués par moi tranchent la question non par analogie, mais d'une manière directe. Ils doivent être préférés.

C'est là une erreur qu'il est facile de faire toucher du doigt. Sans doute, les lois 5, § 5, *de doli exceptione*, et 21, § 1, D. *de Donationibus*, laissent la *donatio immodica* produire tous les effets d'une donation valable entre les parties d'une part, et les tiers d'autre part. Mais, qu'on ne l'oublie pas, ils avaient été rédigés par Paul et par Celsus sous l'empire de la lex Cincia, depuis longtemps tombée en désuétude; on doit donc les considérer comme des restes de l'ancien droit insérés par inadvertance dans le Digeste. D'ailleurs, l'application littérale de ces textes est impossible, puisqu'ils ne parlent que de l'admissibilité d'une exception, et d'après le droit nouveau, il ne saurait être question d'exception en pareille circonstance. A la différence de la lex Cincia qui armait les tiers d'une exception, le droit de Justinien, en cas de non-insinuation, prononce la nullité absolue et met ainsi ce vice de forme sur la même ligne que la prohibition des donations entre époux. Nous devons donc étendre au sujet qui nous occupe les principes d'un sujet contemporain et connexe, plutôt que les principes d'une législation abrogée.

SECONDE PARTIE

DROIT FRANÇAIS

I

RÉSUMÉ HISTORIQUE

DES INSTITUTIONS QUI ONT PRÉCÉDÉ LA TRANSCRIPTION.

CHAPITRE PREMIER.

DES INSTITUTIONS DE CRÉDIT ET DE PUBLICITÉ, DEPUIS LA DESTRUCTION DE L'EMPIRE ROMAIN JUSQU'A LA CHUTE DE LA FÉODALITÉ.

208. Un jurisconsulte que nous consulterons avec confiance, lorsque nous traiterons les questions compliquées que soulève la transcription actuelle, affirme, au frontispice de son ouvrage, que la première origine de cette formalité doit être recherchée dans le droit féodal (1).

(1) FLANDIN, *De la Transcription*. Résumé historique.

Nous sommes convaincu, pour notre part, que la transcription, sous une forme et sous un nom différents, existait dans le droit romain lui-même. Nous croyons que l'antiquité l'a léguée au moyen-âge; qu'elle a triomphé du désordre de la législation barbare et de la confusion féodale. Nous croyons que l'institution, recueillie, développée et universalisée par la Révolution française, un instant abandonnée par le Code Napoléon, et définitivement reprise par la loi récente que nous étudierons, se relie d'un lien non interrompu avec l'insinuation du droit Justinien.

C'est ce lien que nous avons à cœur de chercher et de rendre sensible à l'esprit.

209. Tout d'abord, on se le rappelle, l'insinuation ne fut organisée que pour les donations. A peine née, elle tend à élargir son domaine, et à s'imposer chaque jour à de nouveaux actes. La formalité est ordonnée pour les jugements, afin de constater authentiquement le point de départ des délais de la procédure (1); pour les testaments, afin de permettre à tous ceux qui jurent y avoir intérêt, d'en prendre connaissance (2).

Après l'arrivée des barbares, l'nsinuation continue plus hardiment encore sa marche d'invasion féconde. Voici dans quelles circonstances elle devient obligatoire pour la vente : Les immeubles ruraux et urbains des *curiales*, malheureux fonctionnaires responsables envers le fisc du recouvrement des impôts, étaient frappés d'inaliénabilité. Ils ne pouvaient être vendus qu'en cas de nécessité démontrée et avec autorisation de justice (3); pour éviter les fraudes, la vente et le paiement ne devaient se faire qu'en vertu d'un décret de la curie ; les actes étaient *insinués* dans les archives municipales, et la loi exigeait le remploi du prix provenant de la vente.

L'importance et l'utilité des archives, le soin avec lequel elles furent conservées, firent que le municipe romain, malgré les

(1) V. Savigny. t. IV, § 188.

(2) V., pour les détails, Doneau, édition de Florence (1840), t. IX, col. 11 et suiv., 429 et suiv., 453 et suiv.

(3) LL. 1, 2, C. *de Prædiis decurionum.*

nombreux éléments de dissolution qu'il renfermait, subsista longtemps après la chute de l'empire, et fort avant dans le moyen-âge.

Bientôt ces archives renfermèrent le témoignage public, non plus seulement des donations, des testaments, et de quelques ventes exceptionnelles, mais bien de presque tous les contrats intervenus entre les citoyens. Ces contrats devenaient publics et authentiques par leur *allégation* ou *insinuation* dans les registres municipaux, *apud acta municipalia, actis intervenientibus.*

A mesure que l'Empire romain s'affaiblit et que grandit la puissance des barbares, l'autorité municipale prend pour elle la part que lui laissent les fonctionnaires de l'Empereur, forcés de se retirer. L'insinuation, confiée aux soins de ces derniers, passe aux mains des autorités locales : celles-ci soumettent à la formalité un grand nombre de contrats qui, jusque-là, en avaient été dispensés.

Les magistrats de la curie et leur greffier rédigèrent et insinuèrent les instruments des donations, des testaments, des ventes, des mandats, des adoptions et des inventaires de biens de mineurs. Ce serait se tromper que de considérer l'insinuation, ainsi étendue, seulement comme un moyen de donner l'authenticité aux actes. Elle resta, et devint de plus en plus une voie sûre de publicité : *Is apud quem res geritur, acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inspicienda, ad investigandam veritatis fidem jubebit* (1). On n'aperçoit nulle part qu'une restriction quelconque ait été apportée à ce principe.

A côté du mouvement tout romain, si favorable à la publicité générale des transactions, et pour lui servir de malheureux contre-poids, se trouve l'appropriation irrégulière et violente que s'attribuent, dans les campagnes, les conquérants venus d'Outre-Rhin. La conquête commença par des concessions et se termina par des invasions. Quelle qu'ait été la mesure et l'étendue de cette expropriation des aborigènes, il est certain qu'un boule-

(1) L. 2, C. *de Edendo.*

versement profond et exclusif de tout crédit, vint paralyser les efforts civilisateurs des municipes (1). En compensation de tant de causes de désordre, les barbares apportèrent-ils au moins quelque institution pareille à celle qui se développait dans les villes, mais qui, par leur faute, n'en pouvait guère sortir? Ils apportèrent leurs rites symboliques et rien de plus. Ces rites, quoi qu'en dise le savant et délicieux historien que nous allons citer, étaient bien loin, comme il le dit, de suppléer aux services rendus par l'écriture.

« Beaucoup de transactions, dit sir Francis Palgrave, dans son *Histoire des Anglo-Saxons*, beaucoup de transactions importantes qui maintenant ne peuvent se faire que par écrit, s'effectuaient alors verbalement. Aujourd'hui, si l'on veut acheter un cheval, il suffit d'en payer le prix au propriétaire; il livre le cheval, on l'emmène, et le marché est consommé. Mais s'il s'agit de l'acquisition d'un champ, il faut faire rédiger, sur papier timbré, un acte d'une longueur démesurée, et payer des droits au Gouvernement. Ceci s'appelle une *transmission*. Or, dans les anciens temps, un cheval et un champ se transmettaient avec aussi peu de formalités l'un que l'autre, et sans qu'il fût besoin d'aucune écriture. Lorsque la terre était vendue, le propriétaire y arrachait une poignée d'herbe qu'il jetait dans le sein de l'acheteur en signe de changement de possession; autrement, il coupait une branche d'arbre et la lui mettait dans la main, pour montrer que ce dernier aurait désormais le droit de recueillir tous les produits du sol. Pour donner la *saisine* d'une maison, ou mettre en possession l'acquéreur, on lui remettait la clef de la porte ou bien une poignée du chaume qui couvrait cette maison, ce qui signifiait également qu'elle lui avait été cédée. Ces symboles variaient quelquefois suivant le caprice du propriétaire. L'un présentait un couteau et un poil de sa barbe, l'autre un gant, un troisième une étrille; un quatrième le cornet dans lequel il buvait..... Les symboles visibles que l'on employait ainsi

(1) Les débats fameux soulevés sur ce point d'histoire, ont été résumés par M. Bertauld dans son *Introduction à l'Histoire des Sources du Droit français*, p. 39 et suiv.

fournissant la preuve des droits à la propriété, étaient conservés avec autant de soin que des contrats ou des chartes, et ils suppléaient à l'écriture en gravant le souvenir de la transaction dans la mémoire des témoins que l'on appelait en ces occasions. »

Un conflit s'élevait-il entre un possesseur et un étranger, on le vidait de façon poétique, héroïque, mais au fond brutale!

« Dans la loi des Bavarois, le vendeur obligé de confirmer la possession du bien à l'acheteur qu'un tiers inquiétait, devait renouveler la tradition de la manière suivante : aux limites, aux quatre coins du champ, il enlèvera de la terre avec la charrue, ou si c'est un bois, il y cueillera herbe et rameau ; il dira à son acheteur : je te l'ai transmise légitimement, je te la garantirai. Il répètera ces mots trois fois, en lui présentant l'herbe ou la terre de la main droite, tandis que de la gauche il tendra son gage à celui qui dispute la terre. Si celui-ci disait : injustement tu as garanti; le combat déciderait (1). »

On le voit, chez ces peuples, au v^e^ siècle, de notre ère, les moyens de rendre publique et sûre la transmission de la propriété, ne valaient guère mieux que ceux employés par les Quirites compagnons de Romulus ou de Publicola.

La vraie publicité se trouve tout entière à cette époque dans la législation gallo-romaine.

210. La condition des Francs ne tarda point à se modifier, notamment dans le nord de la Gaule. Les expéditions guerrières devinrent plus rares ; les mœurs et les institutions germaniques se perdirent dans les aisances de la vie romaine. Les soldats qui, autrefois, se ramassaient autour d'un chef unique, quand ce chef fut devenu propriétaire et que les occasions du pillage furent plus rares, se disséminèrent dans ses domaines; en devenant sédentaires et agriculteurs, ils perdirent une partie de leur liberté sauvage, et prirent l'aspect de colons. Les *Rois* commencèrent à n'être plus seulement des chefs d'armée ; leurs

(1) M. Michelet. *Origines du droit français*, p. 118. Voir aussi M. de Valroger. *Origines de nos institutions coutumières*, *Revue critique*, t. X, p. 239.

compagnons prirent la figure de sujets, et les *comtes* ou *grafs* celle d'officiers royaux. Le mot *leude* qui désignait le peuple fut appliqué spécialement aux hommes du roi, à ses fidèles, à ses *antrustions*. Le nombre de ces leudes augmenta sans cesse, grâce aux dons et aux emplois publics dont les Rois les gratifièrent; et sans former une race distincte, sans avoir une existence politique et des droits spéciaux, ils eurent une supériorité de fait sur les autres Francs. Les Gaulois, avides de toutes les distinctions qui les faisaient sortir de la classe des vaincus, s'efforcèrent à tout prix d'acquérir le nom de leudes, et il y eut tendance à ce que tous les hommes libres devinssent les leudes d'un Roi ou de tout autre chef. L'usage des *bénéfices*, en faisant cesser l'égalité primitive, donna au concédant les droits d'un patron et au bénéficier les obligations d'un client; la liberté de l'individu pencha à se changer en vassalité et déjà l'on vit poindre la société féodale.

A la fin du VII^e^ et pendant la première moitié du VIII^e^ siècle, les Francs ne sont point encore parvenus à fonder dans la Gaule un ordre social. La société demi-romaine, demi-barbare, n'a revêtu aucune forme stable et générale. Dans le droit, comme partout ailleurs, les éléments romain et germanique se heurtent et se confondent, luttant ici, transigeant là. Quant à la transmission de la propriété, les formalités intelligentes de la législation Justinienne, perfectionnées par la coutume universelle des municipes, restent debout en face des symboles germaniques. La classe des hommes libres se renouvelle, il est vrai, mais les leudes se font nommer ducs, comtes, marquis dans les provinces où ils ont des bénéfices, et ils confondent les droits de leur charge avec ceux de leur propriété.

Pépin d'Héristal jette les fondements de l'unité politique des Francs; son fils naturel, Karl Martel continue son œuvre en guerrier, mais ne s'occupe ni de réforme sociale, ni de législation. Charlemagne commence de ses mains puissantes à bâtir la Société Franque, mais ses travaux disséminés et grandioses ne purent, malgré la longueur de son règne, imprimer pour longtemps, aux populations de la Gaule, la direction que le grand

législateur avait voulu leur donner. — On sait quels êtres misérables furent ses fils; leur faiblesse rendit la puissance à qui la possédait avant lui, c'est-à-dire à l'Eglise.

Or, depuis longtemps, l'Eglise s'était faite de plus en plus germanique; son retour aux affaires, comme nous dirions aujourd'hui, devait assurer pour longtemps la victoire de l'élément germanique sur l'élément romain.

211. Le pouvoir central n'existant plus, un pouvoir fédératif et local, tout différent de l'ancien municipalisme non encore abattu, commença de surgir.

La féodalité existe en droit à partir du capitulaire de Kiersy dans lequel Charles-le-Chauve, prêt à passer en Italie pour en chasser Carloman, prétendit régler la manière dont son fils gouvernerait la Gaule en son absence; et dans lequel, en réalité, il ne fit que confirmer des faits et légitimer une révolution qui avait son germe dans les mœurs des Germains : « Si quelqu'un de nos fidèles, saisi d'amour pour Dieu, veut « renoncer au siècle, et s'il a un fils ou tel autre parent ca- « pable de servir la chose publique, *qu'il soit libre de lui « transmettre ses bénéfices et honneurs comme il lui plaira*..... « Si un comte de ce royaume vient à mourir, nous voulons « que les plus proches parents du défunt, les autres officiers « de la comté et les évêques du diocèse pourvoient à son ad- « ministration, jusqu'à ce que nous ayons pu confier à son « fils les honneurs dont il était revêtu (1). »

Un siècle plus tard, la royauté temporelle avait entièrement disparu de fait, et presqu'entièrement disparu de nom. La chrétienté était devenue une vraie confédération d'États réunis sous la monarchie universelle et lointaine de l'Eglise. Dans chaque partie de la Gaule, le pouvoir fut exercé directement par l'aristocratie fière de ses propriétés déja assurées, de ses armes et de ses retraites crénelées. Les seigneurs ne devaient point tenir compte de la législation romaine trop compliquée et trop savante pour leurs intelligences grossières, trop égali-

(1) *Capitulaires de Baluze*, t. II, p. 254.

taire pour la société nouvelle qui ne devait vivre que de privilèges.

De la législation germanique qui leur allait mieux, ils rejetèrent cependant les dispositions qui pouvaient restreindre ce que bientôt ils appelèrent leurs droits. — La distinction entre la propriété bénéficiaire et la propriété allodiale fut abolie, et la fameuse maxime fut formulée : « *Nulle terre sans seigneur;* » c'est à vrai dire le résumé de tout le régime hypothécaire de ces temps.

Avant la féodalité, nous l'avons fait voir, une publicité très-suffisante existait au profit de tous pour la transmission de la propriété ou des droits réels. Les nouveaux maîtres du sol, ne pouvant dépouiller effectivement leurs vassaux, leur laissèrent le droit de se transmettre les uns aux autres les terres qu'ils détenaient, mais ils prétendirent être informés de ces transmissions, ils voulurent y intervenir pour les sanctionner et confisquèrent ainsi, à leur profit, une publicité qui, dans le passé et dans l'avenir, avait été et devait être le patrimoine commun de tous.

Quoi qu'il en soit, le régime de la clandestinité des contrats ayant pour objet la terre est encore chose inconnue. Une publicité différente de la publicité romaine fut organisée, elle le fut d'une façon durable, mais non uniforme ; les formalités varièrent, peu ou beaucoup, suivant les provinces. Entrons à ce sujet dans quelques détails :

212. Les coutumes de Hainaut, de Cambrésis, de Liége, de Lille, du Boulonnais, d'Amiens, de Péronne, du Vermandois, de Reims, de Chauny, etc., portaient toutes que le *vest* et le *devest* étaient une formalité nécessaire du contrat d'aliénation entre les parties. Nulle transmission de propriété n'était parfaite à leur égard, si elle n'avait été faite *par deshéritance pardevant les seigneurs ou baillis et hommes de fief dont ils seront tenus* (1).

Les droits du précédent propriétaire ne passaient sur la tête

(1) *Charte générale de Hainaut*, chap. 94, art. 1er.

du nouveau qu'autant que l'autorité compétente avait prononcé ces paroles solennelles : « *Je vous saisis et mets en saisine de « tel héritage sauf mon droit et l'autrui en toutes choses.* »

Toutes les coutumes des pays cités plus haut, connus sous le nom de pays de nantissement, s'accordaient sur ce point (1).

Dans la Bretagne le même système était admis, mais sous un autre nom et avec d'autres formes; ce qui dans les pays de nantissement s'appelait *ensaisinement*, recevait en Bretagne le nom d'*appropriance* ou d'*appropriement*..

Le caractère de cette formalité était aussi dans cette province moins exclusivement féodal que dans les pays de nantissement : les tiers roturiers pouvaient, eux aussi, en profiter. Trois publications ou bannies devaient être faites par le nouveau possesseur, tant de son contrat que de sa prise de possession, par trois dimanches consécutifs à l'issue de la grand'messe, en la paroisse où étaient situés les biens acquis. Ces publications ou bannies étaient une mise en demeure pour quiconque avait ou prétendait avoir un droit réel dans ces biens, de former une opposition devant le juge qui devait faire l'acte d'appropriement.

La Normandie eût aussi un système de lectures publiques destinées à faire connaître les retraits lignagers. Les articles 452 et 453 de la Coutume réformée étaient ainsi conçus:

« 452. — Tout héritage ou autre chose immeuble, soit « propre ou acquêt, vendu par deniers, ou fieffé par rente « racquittable à prix d'argent, peut être retiré tant par le « seigneur féodal immédiat, que par les lignagers du vendeur « jusqu'au septième degré, icelui inclus, dedans l'an et jour « de la lecture et publication du contrat. »

« 453. — Et si lecture et publication n'en a été faite, le « contrat est clamable dans trente ans, en remboursant le prix « et loyaux coûts, desquels loyaux coûts, le clamant baillera « caution, s'ils ne peuvent être promptement liquidés, pour « les contrats qui seront faits à l'avenir. »

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Nantissement*.

213. Cependant des siècles s'étaient écoulés, et la féodalité, après avoir traversé son âge héroïque, après avoir atteint son apogée, eut à essuyer, non d'un pouvoir rival, mais des événements provoqués par elle-même, des attaques qui l'ébranlèrent et l'affaiblirent. Les Croisades émancipèrent la propriété du sol ou relâchèrent au moins les entraves qu'avait rendues jusque-là si étroites la présence presque continuelle du maître et seigneur, Le vilain s'enhardit à faire seul ses marchés, sans songer à l'intervention du comte ou du baron qui, depuis des mois, des années, guerroyait en Palestine.

D'autre part, le Droit romain s'était réveillé ; on connaît les travaux de résurrection et de propagande partis de l'illustre école de Bologne.

Le Droit romain reconquit toute la France méridionale. Il fut l'arme dont les légistes s'emparèrent pour miner sourdement l'édifice féodal, en attendant que les rois de France et leurs redoutables ministres le battissent ouvertement en brèche.

Deux sources nouvelles dans la législation viennent, sous l'influence des doctrines méridionales, universaliser le bénéfice de la publicité organisée par les anciennes Coutumes au profit des seigneurs. Nous voulons parler des arrêts des Parlements et des ordonnances royales.

Une réaction puissante et bien disciplinée se souleva contre l'ancien ordre de choses. A l'ancienne maxime : « *Point de terre « sans seigneur* », on opposa la maxime nouvelle : « *Nul n'a « saisine qui ne veut* » (1).

La formalité de l'insinuation est préconisée par la Jurisprudence ; elle est mentionnée et admise dans les lois.

Un arrêt du Parlement de Paris, du 29 novembre 1599, rendu pour la Coutume de Vermandois, enjoint aux juges et aux greffiers de faire un registre pour y inscrire les nantissements par

(1) Voir *Coutume de Nivernais*, Guy Coquille, édition de M. Dupin, et le compte-rendu de ce livre par M. de Valroger, *Revue critique*, 1864, t. XXIV, p. 370.

ordre, et leur défend de laisser les actes en feuille à peine de répondre, en leur nom, des dommages-intérêts des parties (1).

L'insinuation appliquée aux donations apparaît dans l'ordonnance de Villers-Cotterets du mois d'août 1539. Son nom se retrouve dans l'ordonnance de Moulins, du mois de février 1566 (art. 57 et 58), dans la déclaration du 16 septembre 1612. Un édit du mois d'août 1626, modificatif de la Coutume de Bretagne, ajoute aux formalités édictées par cette Coutume celle de l'*insinuation du contrat quel qu'il soit, vente ou donation*, au greffe de la juridiction compétente. La même formalité, en ce qui concerne les donations, est reprise dans l'ordonnance de 1629, les déclarations de 1645 et 1690, les édits de 1703 et de 1704, les déclarations de 1710-1714-1720, et enfin dans une ordonnance importante sur laquelle nous reviendrons (2).

La tendance de tous ces actes législatifs est de simplifier, dans le sens le plus énergique du mot, les formes féodales, et de les remplacer, en matière de donation, par l'insinuation ; en matière de transmission à titre onéreux, par la nécessité d'un acte notarié. Il est certain que ce dernier procédé était fort insuffisant au point de vue de la publicité.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Devoirs de loi*, n° 3, § 5.

(2) Voir, sur l'historique de l'insinuation dans l'ancien Droit français, M. Demolombe, *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, tome III, n° 234 et suivants.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES INSTITUTIONS DE CRÉDIT ET DE PUBLICITÉ PENDANT LA DERNIÈRE PÉRIODE DE L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET DEPUIS 1789.

214. La plus grande idée peut-être, non pas qui se soit introduite, mais qui ait tenté de s'introduire dans la législation française durant la période dite de la monarchie absolue, est, à coup sûr, l'idée du crédit à former et à développer par la publicité entière des transactions. Cette idée, si féconde en résultats économiques, qui fut combattue en dernier lieu et repoussée avec horreur par d'Aguesseau, appartenait à Sully et à Colbert. Si elle ne parvint pas à prendre sa place dans la loi, relativement à la transmission à titre onéreux de la propriété, elle exerça sa part d'influence sur la rédaction des deux ordonnances de 1731 et de 1747. L'une et l'autre, mais la première surtout, écartent désormais le doute en ce qui concerne le caractère, l'utilité et le but de l'insinuation. Il est absolument certain que l'insinuation des donations est établie non dans l'intérêt du donateur, mais dans l'intérêt des tiers intéressés à connaître la libéralité. Ce qui établit, quoi qu'on en ait dit et écrit, la connexité de l'insinuation, institution de crédit et de publicité, avec la tradition et les formes solennelles qui l'entourent, c'est que du moment où les traditions feintes furent admises, la nécessité de l'insinuation se produisit comme le remède, pour ainsi dire contemporain, du mal qui venait de se déclarer (1).

Ce qui prouve la communauté de but entre l'insinuation et le nantissement réformé par les Parlements et les ordonnances royales, c'est que l'ordonnance de 1731, dans son article 33, exempte formellement de la nécessité de l'insinuation les pro-

(1) M. DEMOLOMBE, *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, n°s 226 235.

vinces dites de nantissement, c'est-à-dire celles-là dans lesquelles s'était toujours maintenu et développé l'usage de la tradition solennelle.

215. Nous touchons à l'ère ouverte par la révolution de 1789. Arrivés là, nous pouvons, jetant nos regards en arrière, remarquer que le lien qui unit les différentes institutions et formes de la publicité des contrats, ne subit aucune interruption chronologique. Il peut parfois s'affaiblir ou se relâcher, il n'est jamais entièrement coupé.

Une école qui a marqué puissamment pendant la seconde moitié du XVIIIe siècle, celle des Economistes, voulut faire de la terre une valeur aussi facilement et aussi sûrement transmissible que l'argent lui-même. D'autre part, le désir ardent annoncé par les réformateurs de rendre commun à tous le bienfait de chaque loi, amena, pendant la période révolutionnaire, la promulgation de trois lois importantes.

La première est du 19 septembre 1790. Toutes les œuvres ou devoirs de loi et autres formalités analogues empreintes d'un vestige évident de feodalité, avaient disparu dans l'abolition du régime tout entier, qui avait été décrétée le 4 août 1789. L'Assemblée Constituante, tout en détruisant les justices seigneuriales, ne voulut pas supprimer une institution qui avait une grande utilité pratique. Elle remplaça la solennité du nantissement qui s'accomplissait devant les juges des seigneurs, par une formalité plus simple et de nature à réaliser aussi complétement le principe de la publicité des mutations immobilières; elle organisa donc une formalité nouvelle à laquelle elle donna un nom nouveau. Les articles 3 et 4 de la loi du 19 septembre 1790, sont ainsi conçus :

« Art. 3. A compter du jour où les Tribunaux de district se-
« ront installés dans les pays de nantissement, les formalités de
« saisine, dessaisine, déshéritance, vest, devest, reconnais-
« sance échevinale, mise de fait, main-assise, plainte à la loi,
« et généralement toutes celles qui tiennent au nantissement
« féodal ou censuel, seront et demeureront abolies, et jusqu'à ce
« qu'il en ait été autrement ordonné, la transcription des grosses

« des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en tiendra lieu et « suffira en conséquence pour consommer les aliénations et les « constitutions d'hypothèques.....

« Art. 4. Lesdites transcriptions seront faites par les greffiers « des Tribunaux de district de la situation des biens, selon « l'ordre dans lequel les grosses des contrats leur auront été « présentées, et qui sera constaté par un registre particulier.... « et les greffiers seront tenus de communiquer ces registres, « sans frais, aux requérants. »

La seconde loi, du 9 messidor an III, fut promulguée surtout sous l'influence des Économistes qui, voulant donner à la propriété foncière le mouvement d'un effet commercial, disposèrent tout pour la débarrasser de l'entrave des droits réels. C'était par une publicité sans voile que cette loi parvenait à dégager la propriété foncière et à l'affranchir des obstacles qui lui auraient enlevé le caractère de monnaie courante.

La troisième loi, du 11 brumaire an VII, s'occupa non plus de la transmissibilité monétaire du sol, mais de la publicité des charges plus ou moins étendues qui peuvent le grever. L'attention du législateur se porta sur trois points principaux. La formalité nouvelle, la transcription, fut imposée aux ventes immobilières.

L'ancienne insinuation et la transcription furent jugées nécessaires pour les donations.

Enfin, les priviléges et hypothèques durent être inscrits sur des registres publics.

Cette loi excellente méritait d'être respectée plus qu'elle ne l'a été par les législateurs qui sont venus après elle.

Les rédacteurs du Code Napoléon conservèrent en partie et rejetèrent en partie les belles et sages dispositions de la loi de l'an VII. Ils gardèrent la publicité des priviléges et hypothèques en y apportant une restriction relativement aux hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit.

Ils gardèrent la transcription des donations, mais ils repoussèrent l'insinuation; ils virent là, avec raison, un double emploi inutile.

Enfin, ils n'admirent pas la transcription pour la vente et les contrats à titre onéreux (1). Pour ces derniers actes, un régime de clandestinité plus malheureux que tout ce que l'on avait vu sous l'ancien droit, vint jeter le trouble et l'inquiétude dans toutes les transactions ayant pour objet la propriété ou les démembrements de la propriété du sol.

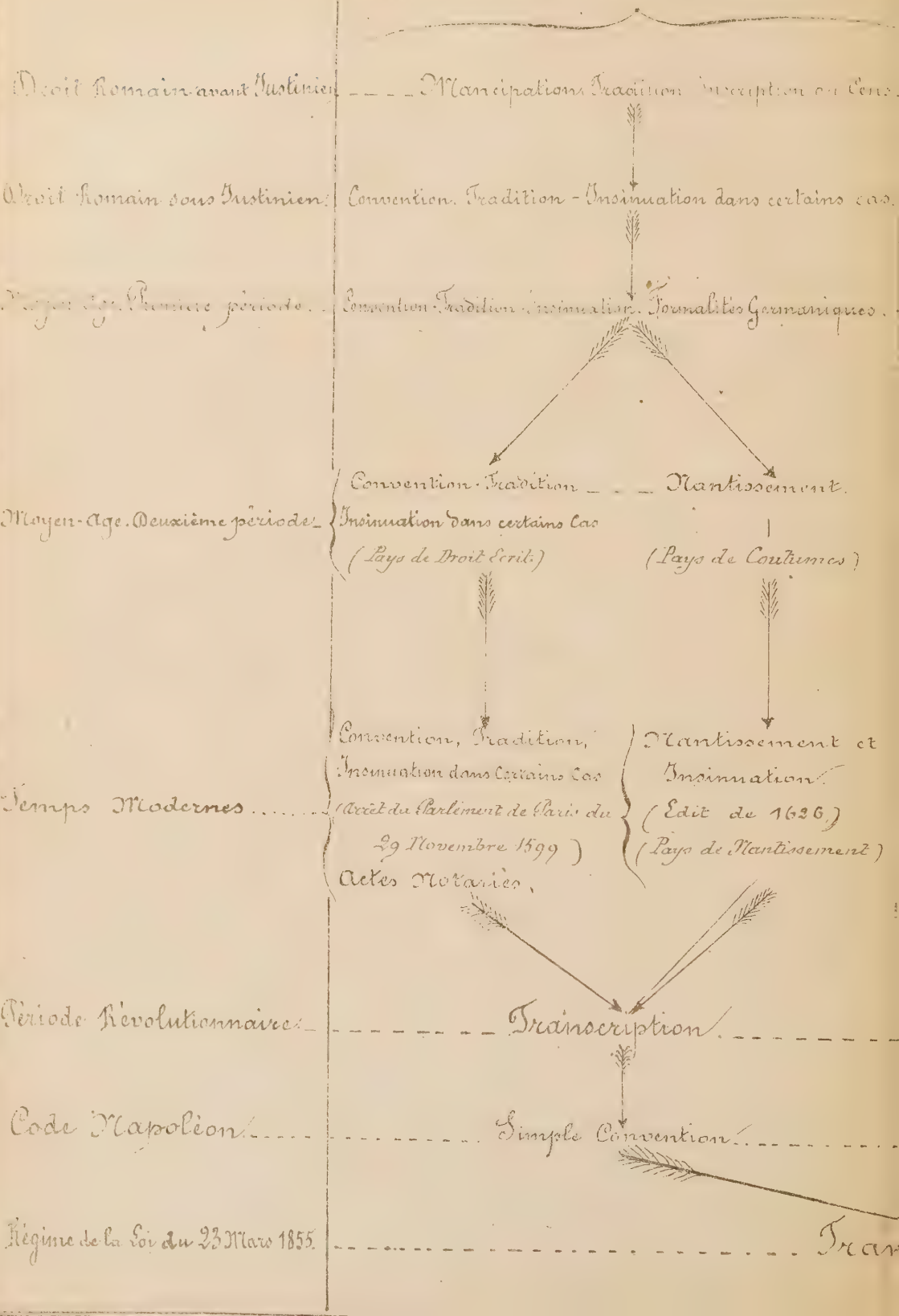
Des réclamations nombreuses et imposantes demandèrent bientôt le changement d'un tel état de choses. Après deux tentatives sans résultat, le législateur est enfin parvenu à combler le vide laissé dans le Code Napoléon.

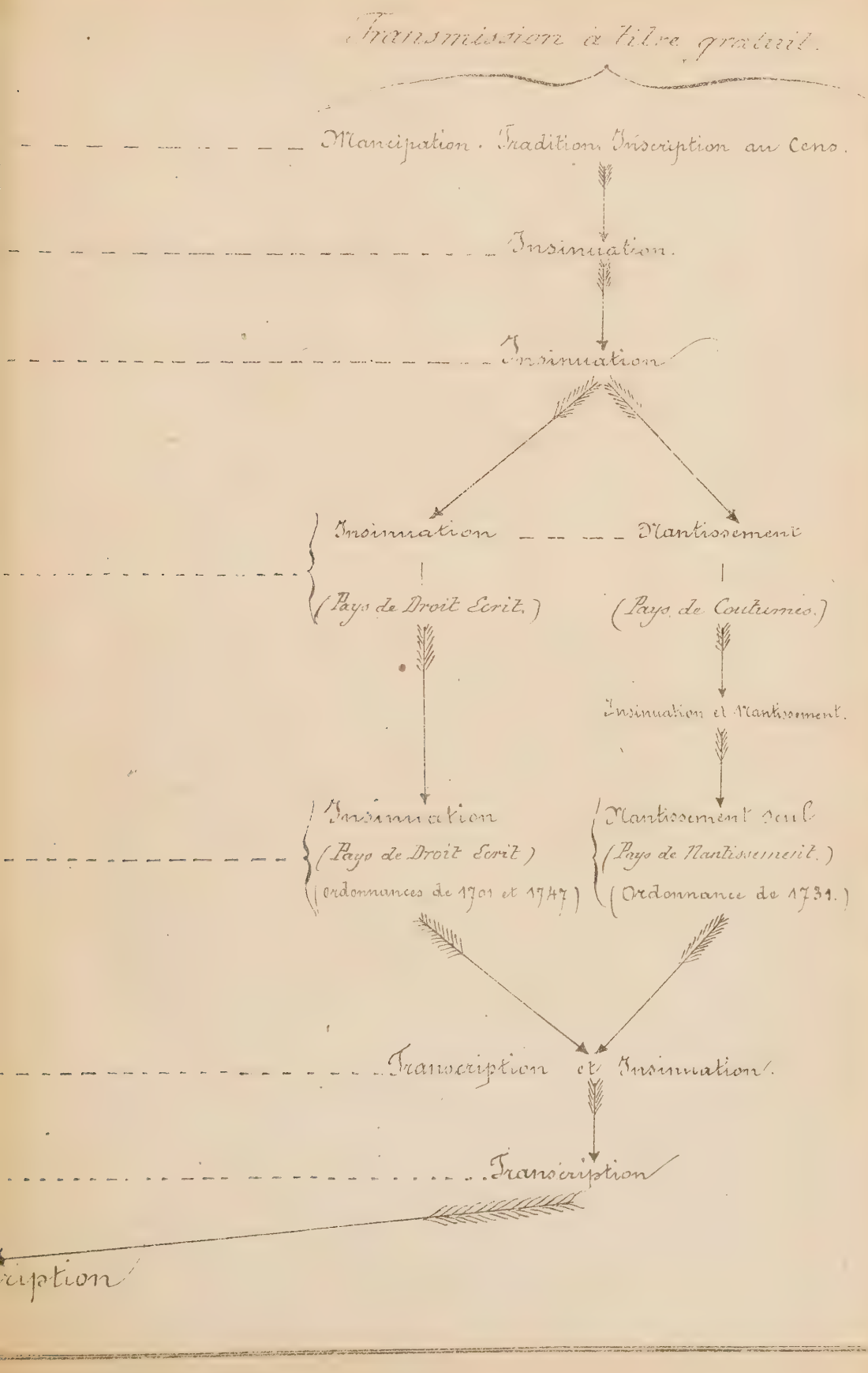
Comment l'a-t-il fait ? C'est ce que nous avons maintenant à examiner.

216. La partie historique de notre travail étant maintenant terminée, nous pouvons en présenter le résumé, tant en Droit romain qu'en Droit français, dans un tableau qui sera pour ainsi dire l'arbre généalogique de la transcription.

(1) L'opinion contraire soutenue par Jourdan dans *La Thémis*, t. V, p. 481, et par M. Bonjean, dans sa thèse de licence (1829), était bien séduisante pour la raison, mais ne pouvait s'accorder avec le Code. Elle fut universellement rejetée.

Transmission à titre onéreux




Transmission à titre gratuit.
Mancipation. Tradition. Inscription au Cens.
Insinuation.
Insinuation
Insinuation
Nantissement
(Pays de Droit Ecrit.)
(Pays de Coutumes.)
Insinuation et Nantissement.
Insinuation
(Pays de Droit Ecrit)
(Ordonnances de 1701 et 1747)
Nantissement seul
(Pays de Nantissement.)
(Ordonnance de 1731.)
Transcription et Insinuation.
Transcription
cription

DROIT FRANÇAIS

XX

DE LA TRANSCRIPTION.

217. Nous avons vu ce qu'ont été dans l'antiquité, le moyen-âge féodal, les temps modernes, avant et après la grande transformation sociale et politique de 1789, les institutions dont la transcription moderne a été le couronnement. Il était réservé à la Révolution française de rendre universels les bienfaits de la publicité des transactions qui ont pour objet juridique la propriété immobilière ou les droits réels. Elle l'essaya, et son essai fut des plus heureux; comme nous venons de le voir; et, comme nous venons de le voir encore, ce fut à tort que les rédacteurs du Code Napoléon rétrécirent l'ampleur de la publicité, qu'une loi récente a de nouveau consacrée.

C'est cette nouvelle publicité, organisée par la loi du 23 mars 1855, que nous avons à étudier.

Nous examinerons successivement:

Quel en est le caractère et l'étendue?

Quelles en sont les formes?

Quels en sont les effets?

CHAPITRE PREMIER.

CARACTERES ET ÉTENDUE DE LA TRANSCRIPTION D'APRÈS LA LOI DU 23 MARS 1855.

218. Sous la loi de 1855, comme sous la loi de brumaire, la transcription est la reproduction, sur des registres publics, de certains actes privés, suivant les formes et avec les effets indiqués par le législateur. C'est une mesure destinée à augmenter la sûreté des transactions du droit civil; mais il faut ajouter que la transcription est une formalité extrinsèque, non essentielle du contrat. La conséquence de ceci est que le défaut de transcription ne rend pas nulle la convention. Elle la laisse subsister tout entière entre les parties, qui sont tenues de l'exécuter, tout comme si la formalité avait été remplie. Il n'y a que les tiers qui puissent exciper de l'absence de transcription.

Nous avons à rechercher à quels actes s'applique la loi de 1855. Ces actes sont énumérés dans les articles 1, 2 et 4, lesquels sont ainsi conçus :

« ART. 1. — Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens :

« 1° Tout acte entre-vifs translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque;

« 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits;

« 3° Tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée;

« 4° Tout jugement d'adjudication, autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant.

ART. 2. — « Sont également transcrits :

« 1° Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation;

« 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits;

« 3° Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale ;

« 4° Les baux d'une durée de plus de dix-huit années.

« 5° Tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus.

Art. 4. — « Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre.

« L'avoué qui a obtenu ce jugement est tenu, sous peine de 100 francs d'amende, de faire opérer cette mention en remettant un bordereau rédigé et signé par lui au conservateur, qui lui en donne récépissé. »

Ces articles contiennent l'énumération des actes sur lesquels portent les réformes introduites. Nous examinerons ce qui est relatif à chacun de ces actes.

SECTION PREMIÈRE.

DES ACTES ENTRE-VIFS TRANSLATIFS DE DROITS.

219. La première observation à faire est que l'article 1 de la loi du 23 mars 1855, se rattachant en ceci à la tradition des Coutumes de nantissement, ne parle que des actes entre-vifs ; les mutations par décès, les testaments ne sont donc pas assujettis à la formalité.

Cette solution législative n'a pas été rendue sans quelques hésitations.

Le projet de loi (article 2092) présenté en 1849 à l'Assemblée après l'audition du rapport de M. Persil, porte que : « Tous actes à titre gratuit et onéreux, translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière..... seront transcrits en entier sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. »

La Commission ne put soumettre les successions *ab intestat* à cette mesure; car le premier élément de la transcription ne s'y rencontre pas: l'existence d'un acte. Elle proposait toutefois un mode de publicité, dénué il est vrai d'effets légaux à l'égard des tiers, mais pouvant les prémunir contre les dangers de l'ignorance, où ils se trouvent souvent, de l'ouverture d'une succession. L'obligation aurait été imposée aux receveurs d'enregistrement, à qui les déclarations *ab intestat* doivent être faites dans les six mois du décès, de donner immédiatement connaissance aux conservateurs dans le ressort desquels étaient situés les immeubles dépendant de la succession, de la mutation qui venait de s'opérer, afin qu'il en pût être fait mention sur les registres des transcriptions. Cette mesure qui, suivant le rapporteur de la Commission nommée par le Ministre de la justice, en 1849, commençait à ouvrir la voie d'une universelle publicité, a paru n'être qu'une complication inutile et n'a point été reproduite dans la loi du 23 mars 1855.

220. En ce qui concerne les testaments contenant mutation de propriété immobilière, la question fut débattue entre les membres de la Commission du Corps législatif. Les deux opinions, il faut le reconnaître, ne se sont pas carrément rencontrées, elles se sont seulement heurtées à faux.

Les difficultés pratiques signalées par les ennemis de la transcription des testaments n'étaient pas insurmontables. Il faudra, disaient-ils, accorder au légataire un délai pour transcrire. Quelle en sera la durée? Quel en sera le point de départ? Sera-ce le jour du décès ou le moment de la connaissance acquise du testament? La première difficulté n'en est pas une; la durée du délai pour transcrire les testaments aurait été fixée de la même manière qu'ont été délimités les autres délais impartis par la même loi. On aurait interrogé, entendu les hommes compétents; et leurs avis, probablement divergents, auraient donné une moyenne équitable.

La seconde difficulté était plus sérieuse: je parle de l'embarras de choisir un point de départ au délai pour transcrire. Cette difficulté se rattache aux deux objections fondamentales qui se

sont trouvées en présence. Si l'on fait courir le délai du jour du décès, on sacrifie l'intérêt du légataire et le respect dû à la volonté du mort, car le plus souvent le légataire ne connaît pas l'existence du testament qui l'institue, et il peut dépendre de l'héritier de laisser son ignorance se prolonger jusqu'après l'expiration du délai pour transcrire. Le legs pourra ainsi être annulé par l'héritier lui-même qui, pour cela, n'aura qu'à aliéner l'immeuble légué. Le droit du tiers-acquéreur, une fois constitué, celui du légataire sera définitivement anéanti, et cela au mépris de la volonté du testateur, au mépris du principe que le décès du propriétaire transmet tous ses droits aux héritiers que la loi ou son libre choix a investis de ce titre.

A ces raisons morales et scientifiques, invoquées pour la dispense de transcription des testaments, on opposait des raisons de crédit public. La clandestinité des testaments est un piége pour les tiers. Ils peuvent être trompés par une vente que leur consent l'héritier naturel, propriétaire apparent. Ils auront acquis d'un vendeur publiquement investi par la loi d'un titre, dont un testament l'aura en secret dépouillé. Ils se trouveront victimes de la revendication que ne manquera pas de leur intenter le légataire. Leur bonne foi ne les protégera pas.

L'injustice est évidente ; elle est consacrée; et pourtant il existait un moyen de l'éviter: c'était d'accorder aux légataires, vis-à-vis des tiers, le droit qui leur est donné à eux-mêmes par l'article 2111 contre les héritiers naturels. Les legs auraient dû être transcrits, on eût donné aux légataires un délai de six mois au moins, d'un an au plus, pour remplir cette formalité.

La transcription opérée dans ce délai, aurait eu un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession; opérée en dehors de ce délai, elle n'aurait eu d'effet que du jour où elle aurait été faite. Deux intérêts légitimes auraient été de la sorte conciliés ; les légataires auraient eu un temps suffisant pour être informés de l'existence du testament et pour se mettre à l'abri d'une aliénation opérée par surprise à leur préjudice.

De leur côté, les tiers auraient su que dans les six mois du décès ils ne pouvaient contracter sûrement avec l'héritier, à

moins que celui-ci ne leur eût justifié de la non existence de dispositions testamentaires de nature à ébranler la validité de l'aliénation

Ce procédé de conciliation n'a pas été admis par le législateur et le principe demeure avec toutes ses conséquences fâcheuses que les testaments ne sont pas soumis à la transcription (1).

221. L'article premier assigne un second caractère aux actes soumis à la transcription. Il faut qu'ils soient *translatifs* de droits.

Une question était soumise au Corps législatif en 1855. Admettrait-on à la transcription les actes de partage ?

Depuis le XII[e] siècle, la nature *translative* de propriété assignée par le droit romain au partage était transformée. Le droit anciennement *indivis* de chaque cohéritier sur la succession entière avait été analysé en un droit éventuel ou exclusif et divis, mais conditionnel, sur chacun des objets de la masse partageable. Le partage devint *déclaratif*.

Cette règle nouvelle, formulée par les juristes, ennemis de la féodalité, fut reçue avec une extrême faveur, par ceux qui continuèrent leur œuvre politique. Cet enthousiasme altéra le but du principe en lui attribuant les résultats les plus imprévus. C'est ainsi que la loi du 11 brumaire an VII, après avoir organisé la publicité des droits réels, laissa les partages sous l'empire de la clandestinité, bien qu'ils aient au *regard des tiers*, quant aux actes exercés par chacun des cohéritiers après l'indivision, tous les effets d'un acte translatif.

Lorsque s'ouvrit l'enquête sur la réforme du régime hypothécaire boiteux institué par le Code Napoléon, les compagnies les plus considérables, des jurisconsultes, des économistes éminents proposèrent d'assimiler sous le rapport de leur publicité les partages aux actes translatifs de propriété. Les Cours de Metz, de Montpellier et de Riom (2), la faculté de droit de

(1) V. M. MOURLON. *Traité théorique et pratique de la transcription*, t. I, n° 3. TROPLONG. *De la Transcription*, n° 43.

(2) Documents relatifs à la réforme hypothécaire publiés par M. MARTIN du Nord, t. I, p. 257, 262, 288 et 291.

Poitiers (1), MM. Pougeard (2), avocat à Bordeaux, et Laferrière (3), inspecteur général, furent les promoteurs de cette féconde et bienfaisante nouveauté. Reçue comme un paradoxe dangereux par quelques-uns, elle ne tarda pas à rallier les suffrages.

M. Pougeard, devenu membre de l'Assemblée législative, proposa, dans un projet de loi, de soumettre à la transcription les actes translatifs et déclaratifs de propriété. Les projets soumis à la Chambre par le Gouvernement, au rapport de M. Persil, et par le Conseil d'État, au rapport de Bethmont, contenaient la même assimilation. Lorsque la réforme interrompue par les événements politiques fut reprise, le Gouvernement impérial, le Conseil d'État et l'auteur de l'exposé des motifs, M. Suin, acceptèrent unanimement la publicité des partages.

La Commission du Corps législatif, par une résistance, qu'un jurisconsulte a qualifiée aveugle, repoussa ces conclusions, et put faire adopter son sentiment par la Chambre.

Les partages furent donc déclarés non transcriptibles. Cette différence établie par la loi nouvelle entre les actes de cette nature et les actes translatifs de propriété, produit tout d'abord des conséquences qui frappent, par leur nécessité rigoureuse, si l'on admet comme exactes les données de la jurisprudence en matière de partage, et par leur bizarrerie. — Exemples:

222. Une succession est dévolue à deux héritiers, l'un d'eux vend sa part. Cette cession doit-elle être transcrite? Oui, si elle a été consentie à un étranger, dans ce cas c'est une vente. Non, si elle l'a été au second cohéritier, car alors elle équivaut à partage (art. 888), elle est *déclarative*, non *translative* de droits. Sécurité ou danger pour les tiers, suivant que l'acquéreur aura telle qualité ou telle autre!!!

L'un de deux héritiers cède sa part à l'autre. Un tiers ignorant cette cession traite avec le cédant. Aucune transcription n'a

(1) Id., t. I, p. 484.

(2) *De l'amélioration du régime hypothécaire.*

(3) *Essai sur la réforme hypothécaire et sur le développement du crédit foncier.*

été opérée entre les deux héritiers. Le second acquéreur, actionné par l'héritier cessionnaire, pourra-t-il lui opposer le défaut de transcription? Qu'il écoute bien ceci et qu'il en fasse son profit :

Il pourra repousser le cohéritier revendiquant, il pourra échapper à la spoliation, à la ruine peut-être, si la cession faite à ce cohéritier par son cohéritier est une cession à titre gratuit; dans ce cas, en effet, c'est une donation, acte translatif de propriété soumis à la transcription par le Code Napoléon. Si, au contraire, la cession entre les deux héritiers a été conclue, moyennant soulte ou prix quelconque, si elle a été faite à titre onéreux et n'a d'autre objet que de faire cesser l'indivision, c'est un partage, c'est donc un acte déclaratif non soumis à la transcription de par le Code Napoléon et la loi de 1855. Le tiers-acquéreur, pour les plus chers intérêts duquel cette loi a été promulguée, sera obligé de subir les conséquences désastreuses d'une cession antérieure qu'il n'aura pu connaître. Belle et sûre protection vraiment, qui existe ou n'existe pas suivant que le cédant aura ou non stipulé un prix de son premier cessionnaire!

Et sans parler des procès nombreux qui s'élèveront sur le point de savoir si, en fait, la cession a été consentie à titre onéreux ou à titre gratuit!

223. Mais poursuivons.

Si de deux cohéritiers l'un renonce à la succession, sa renonciation, même faite moyennant rémunération, n'est pas soumise à la transcription. Quoiqu'elle se réduise à une vente de droits successifs, comme elle a eu pour *objet* et pour *effet* de faire complétement cesser l'indivision, elle est assimilable à un partage et n'est pas atteinte par la loi nouvelle.

Une succession s'ouvre. Trois héritiers se présentent. L'un des trois vend sa part aux deux autres conjointement. Cette vente sera transcrite, car elle ne fait cesser l'indivision qu'en ce qui concerne le vendeur, point en ce qui concerne les deux acquéreurs. Ce n'est pas un partage; applicabilité de la loi de 1855.

Renversons l'hypothèse; ce sont les deux cohéritiers qui

vendent leur part au troisième. Alors, pas de transcription, car l'acte fait cesser l'indivision d'une manière absolue, il ne laisse subsister aucun droit indivis, c'est un partage. Non applicabilité de la loi de 1855.

Ou bien encore il y a trois héritiers : le premier cède sa part au second ; l'indivision subsiste entre l'acquéreur et le troisième héritier ; il n'y a pas de partage : la transcription est nécessaire. Mais, plus tard, ce troisième vend aussi sa part au même acquéreur. Ah alors ! grande différence : l'indivision disparaît ; c'est un partage, pas de transcription. Ainsi, de deux actes semblables, tous deux opposables aux tiers, qui, tous deux, peuvent leur préjudicier gravement, dont la connaissance leur est également précieuse, l'un, le premier, leur sera dénoncé. Et pourquoi ? Parce qu'il n'a pas été passé le dernier, tandis que l'autre, le second, leur sera caché pour la raison inverse. Heureux ceux qui ont eu le bonheur de se laisser tromper par le premier des héritiers ; la loi de 1855 les protége. Quant à ceux qui ont eu la maladresse de se laisser tromper par le second des vendeurs, qu'ils portent la peine de leur peu de discernement.

224. Autre hypothèse mettant en jeu le même principe, commandant, en vertu de ce principe, la même solution.

Une succession est ouverte. Dix héritiers sont appelés. L'un, le même jour, achète toutes les autres parts. Ces cessions, pour être opposables aux tiers, devront-elles être transcrites ? Ici des distinctions dont les tiers devront être grandement touchés.

Les neuf cessions ont-elles été faites par un seul et même acte, l'indivision a cessé d'un seul coup, l'acquéreur est propriétaire unique et exclusif, l'acte est assimilable à un partage. La transcription ne vient pas.

Les neuf cessions ont-elles été faites par plusieurs actes distincts, il en sera autrement et le dernier de ces actes seul, qu'il contienne la cession d'une, de deux, quatre, sept parts, sera dispensé de la transcription, car seul il fait cesser absolument l'indivision. Tous les précédents devront être transcrits, car ils ne la font cesser que relativement aux cédants pour leurs parts cédées. De telle sorte que si l'on a une première cession par acte dis-

tinct, puis huit cessions conjointes, la première sera soumise à la transcription et les huit autres en seront affranchies ; mais, à l'inverse, si l'on a huit cessions, conjointes ou distinctes, puis, par un acte postérieur, une dernière cession, les huit premières, pour être opposées aux tiers, devront être rendues publiques ; la neuvième sera dispensée de toute transcription.

225. Même incohérence de décisions dans le cas de licitation. La transcription est indispensable si l'adjudication est faite à un étranger, inutile si c'est à l'un des cohéritiers, essentielle si c'est à deux héritiers conjointement.

Nous n'ignorons pas que, pour que cette critique soit de tout point fondée et pour que tous nos exemples portent, il faut admettre qu'un acte, qui de sa nature est translatif de propriété, ne peut tenir lieu de partage et passer pour simplement déclaratif, non pas quand il est intervenu entre un ou quelques-uns des communistes, mais seulement quand il fait cesser l'indivision entre tous. Cette solution, dont la justification nous entraînerait trop loin, a été contestée par M. Mourlon (*Traité de la Transcription*, t. I, nos 179 et suivants). Mais, elle est d'ailleurs universellement et avec raison admise, tant par la doctrine que par la jurisprudence (1).

Existe-t-il une raison satisfaisante à donner de ces différences ? Pas une.

Du reste, la solution de M. Mourlon ferait bien disparaître la déraisonnable différence que nous signalons comme conséquence de la loi de 1855, mais elle ne profiterait nullement aux tiers, tout au contraire, elle ferait peser sur tous le même malheur, puisqu'elle considère comme autant de partages déclaratifs les actes qui ne font point cesser l'indivision à l'égard de tous les

(1) Voir MM. Demolombe, *Traité des Successions*, t. III, n° 618; Duranton, t. VII, n° 522 *bis*; Bellost-Jolimont, *sur Chabot, observ. I. sur l'art.* 883; Fouet de Conflans, *sur l'art.* 883, n° 1; Toullier, t. IV, n° 561, à la note; Aubry et Rau, *sur Zachariæ*, t. IV, p. 399, note 8; Marcadé, *sur l'art.* 883, II; Demante, *Cours analytique*, t. III, n° 225 *bis*; Rivière et Huguet, *Questions sur la Transcription*, n° 92, et une jurisprudence constante.

communistes, et auquel nous attribuons le caractère translatif qui entraîne la transcription.

Les exemples fournis ne suffisent-ils pas amplement pour démontrer l'utilité de la transcription des partages?

Cette utilité si évidente a pourtant été niée par les partisans de la clandestinité. En effet, ont-ils dit (1), la transcription a pour but d'avertir les tiers que la propriété a changé de mains; or, ceux qui contractent avec un cohéritier avant le partage, savent que les droits qu'ils tiennent de lui sont conditionnels et dépendent de l'événement du partage; et ceux qui contractent après le partage ont, ou doivent avoir, le soin de se faire représenter cet acte.

Cela est vrai en soi, quant aux actes faits durant l'indivision, mais ne répond rien au motif invoqué par nous, en faveur de la publicité.

En effet, quant aux actes passés par les héritiers sortis d'indivision, il existe un danger fort grave pour les tiers. C'est que l'héritier ne leur dissimule le partage et ne contracte avec eux comme si l'indivision existait encore. Prenons des exemples:

Deux immeubles composant une même succession, ont été partagés entre les deux héritiers. L'un d'eux concède à un tiers un droit réel sur celui des immeubles qui a été placé dans le lot de son cohéritier. Il agit comme s'il était dans l'indivision; il dissimule le partage en affirmant qu'il est encore à faire. L'acte est passé, puis le jour où l'acquéreur en réclame le bénéfice, on lui oppose un partage antérieur en date, mais dont rien n'a pu lui révéler l'existence.

Une succession est dévolue à deux héritiers. L'un vend sa part à l'autre, c'est un partage, on ne transcrit pas. Puis il vend une seconde fois cette même part à un étranger. Le droit de celui-ci sera mis à néant par le cohéritier acquéreur, qui lui opposera son acte secret d'acquisition-partage.

On demande quel moyen auront ces tiers, dans le système de la loi de 1855, pour s'abriter contre de semblables fraudes? La réponse jusqu'aujourd'hui n'a pas été fournie.

(1) Voir le rapport de M. DE BELLEYME.

226. Voilà pour la prétendue inutilité de la transcription des partages. Passons à la seconde raison alléguée.

Ici nous n'avons à combattre autre chose que des mots. Obliger, a-t-on dit, les cohéritiers à transcrire les partages, c'eût été porter atteinte au principe de la rétroactivité, principe qui, à la vérité, n'est qu'une fiction, mais qui n'en est pas moins *la base des règles et des effets du partage* (1); la changer, serait porter le trouble dans les dispositions du Code Napoléon. — Singulier scrupule, en vérité, et qu'on ne se serait point attendu à rencontrer dans l'esprit d'hommes qui, après avoir bouleversé avec audace et avec bonheur les plus essentielles réalités du régime hypothécaire, de la vente, d'autres contrats encore, sont saisis tout à coup d'un respect superstitieux pour une fiction qu'ils n'avaient pas à détruire, mais seulement à corriger dans ses conséquences excessives!

Finissons, en citant, sur les motifs acceptés par le Corps législatif et sur la solution donnée à ce problème, l'appréciation d'un jurisconsulte dont la plume, en cette occurrence, est devenue ardente autant que celle de Marcadé. Appréciant les raisons données par M. de Belleyme et que nous venons de combattre, M. Mourlon dit : « Cette explication a été jugée pleine de lumières et complaisamment reproduite par les auteurs les plus autorisés ; mais, dût-on nous ranger parmi ces esprits chagrins, qui, possédés de la manie du sophisme, font consister toute leur habileté à fronder les maximes universellement reçues, nous ne craignons point d'affirmer qu'il n'a jamais été imaginé rien de plus inintelligible, de plus faux, de plus extraordinaire et de plus nul (2). »

Et plus loin, résumant sa pensée sur cette regrettable et volontaire lacune, le même auteur ajoute : « En somme, tout a été en cette matière livré aux caprices du hasard. La loi a oublié son rôle : au lieu de faire de l'ordre, elle a fait de l'anarchie (3). »

(1) M. DE BELLEYME. *Rapport.*
(2) *Traité théorique et pratique de la Transcription*, n° 165.
(3) *Idem*, n° 177.

L'indignation, on le voit, inspire parfois autre chose que de beaux vers.

SECTION DEUXIÈME.

CARACTÈRE IMMOBILIER DES DROITS TRANSMIS.

227. Une autre condition est nécessaire pour qu'un acte soit soumis à la transcription. Il faut que les droits qu'il transfère entre-vifs soient de nature immobilière.

Les exceptions à cette règle sont peu nombreuses et limitativement énoncées par la loi. Elles portent sur les quittances, ou cessions de fermages, ou loyers non échus, pour une somme équivalente à trois années de ces loyers ou fermages. (Art. 2, n° 5, loi du 23 mars 1855.) — L'art. 1069 du Code Napoléon consacre une autre exception, en matière de substitutions permises, lorsqu'il s'agit de sommes colloquées avec privilége sur des immeubles. Mais alors c'est moins une transcription à opérer qu'une inscription à prendre sur les immeubles affectés au privilége.

228. Dans l'ancien droit français, la formalité du nantissement ne s'appliquait pas aux immeubles *fictifs*. C'est à peine si quelques rares coutumes, celle du Hainaut, par exemple, décidaient que les rentes *foncières* ne pouvaient être aliénées dans déshéritance et adhéritance.

Aujourd'hui, en présence de la loi de 1855, dont les termes généraux repoussent heureusement toute distinction, on décide unanimement, en principe, que les immeubles fictifs, dont la propriété intégrale ou partielle est transférée, tombent sous la loi de publicité. La controverse n'apparaît que sur certaines applications.

Ainsi personne ne conteste que l'on ne doive faire transcrire tout acte entre-vifs emportant transmission d'actions de la Banque de France, du canal du Midi, des canaux d'Orléans et du Loing, lorsque le propriétaire de ces valeurs, usant de la

faculté qui lui est accordée par les décrets du 16 janvier 1808, art. 7, des 10 et 16 mars 1810, art. 13, les a immobilisées (1). Le transfert sur les registres de la société serait insuffisant et ne saurait rendre l'aliénation opposable aux tiers. Et pourtant ne pourrait-on point susciter à cette solution un embarras?

Doivent être transcrits tous les actes entre-vifs translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque. Or, nous avons bien ici un droit susceptible d'hypothèque, puisque les actions de la Banque ou des autres grandes sociétés que nous venons de nommer, sont devenues par l'immobilisation assimilables aux immeubles ; mais avons-nous un droit *réel*? Non, répond-on, le prétendu propriétaire de ces valeurs n'en est que le créancier; il a pour débitrice la société qui les a émises. Donc il n'y a pas de droit réel, donc il n'y a pas lieu de transcrire.

Ce raisonnement n'a arrêté personne, quoi qu'il ait parfois semblé sérieux. Sans doute, l'expression du législateur est malheureuse ; mais, elle a trahi sa pensée, et sa pensée est claire. Ces mots *droits réels* sont de trop ; il a entendu parler des droits en général, *susceptibles d'hypothèque*.

S'attacher en cette circonstance à la lettre de la loi, ce serait créer dans ses dispositions une lacune compromettante pour l'intérêt qu'elle veut sauvegarder, et faire surgir une inexplicable inconséquence. D'après l'article 939 du Code Napoléon, les donations translatives d'un *bien susceptible d'hypothèque* doivent être transcrites. Il faudrait donc décider que la transmission gratuite de valeurs immobilisées sera connue des tiers, tandis que la transmission à titre onéreux pourra leur être opposée sans avoir été transcrite.

229. Sont meubles, les actions ou intérêts dans les Compagnies de finance, de commerce ou d'industrie (art. 529, Code Nap.) Le transport de ces actions ne constitue qu'une vente mobilière, non sujette à transcription.

(1) Troplong, *De la Transcription*, n° 90. Rivière et Huguet, *Questions sur la Transcription*, n° 135. Flandin, *De la Transcription*, n° 37. Dalloz, *Rép.*, v° *Transcription hypothécaire*, n° 56.

Il en est de même: 1° de la vente de coupes de bois ou de récoltes sur pied (1);

2° De la vente d'une maison pour être démolie; elle est considérée comme vente de matériaux, objets mobiliers, à la condition, bien entendu, qu'elle ait été faite abstractivement du sol (2). Solution impossible à attaquer, parce qu'elle s'appuie sur des principes juridiques certains; mais solution qui peut au premier abord choquer, parce qu'il semble qu'elle ouvre la porte à la fraude, en laissant les tiers à la merci de l'intention véridique ou mensongère des parties. Heureusement il n'en est rien, et cette première impression disparaît bien vite quand on réfléchit que de telles ventes ne transfèrent qu'un droit *mobilier* et *personnel*, un simple droit de créance non opposable aux tiers. On aperçoit dès lors que la transcription est inutile, puisqu'elle n'aurait pour but que de servir de garantie contre un danger qui n'existe pas.

Le caractère personnel du droit conféré au cessionnaire par des actes de cette nature, peut être facilement établi.

Le premier motif est que ce droit ne peut pas exister comme droit de propriété, car nulle loi n'institue cette propriété qui porterait sur des objets adhérents au fonds dont ils font partie, sans porter sur ce fonds lui-même.

Ce serait là un droit réel en dehors de ceux qui ont été reconnus et réglés par la loi; lui accorder l'existence juridique, ce serait décider, contrairement à l'article 6 du Code Napoléon, que les particuliers peuvent modifier la propriété, la démembrer ou la grever de droits réels, selon leur caprice ou leur bon plaisir (3).

Mais, dira-t-on, ce droit ne rentre-t-il pas dans l'un des démembrements de la propriété reconnus par le Code?

(1) Demolombe, t. IX, n°s 156, et suiv. — Troplong, *de la Transcription*, n° 83. — Mourlon, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, n° 9. — Flandin, *de la Transcription*, n° 30.

(2) Dalloz, *Rép.*, v° *Transcr. hyp.*, 61. *Biens*, 53. *Priviléges et Hypoth.*, 794. — Flandin, *de la Transcription*, n° 31.

(3) Demolombe, t. IX, p. 515. — Valette, *Priviléges et Hypothèques*, t. I, p. 192.

Auquel l'assimilerons-nous ?

Au droit d'usage ?

Évidemment non, puisqu'il faudrait aller jusqu'à dire que l
propriété sur les fruits, bois ou récoltes, sur la maison à démolir
s'éteindrait par le décès de l'acquéreur (art. 625) et serait inces
sible (art. 634).

A l'usufruit ?

Encore bien moins, et nous n'en aurions pas fini de si tôt, s
nous entreprenions de signaler toutes les différences qui le
séparent.

Au droit de propriété superficiaire ?

Impossible ! car la loi qui (art. 664) a réglementé la propriét
superficiaire, établie sur des bâtiments non destinés à êtr
abattus, n'organise nulle part la propriété constituée, abstrac
tion faite du sol, sur des fruits pendants par branches et pa
racines ou des objets tels que ceux dont nous nous occupons. Et
nous l'avons dit en commençant, la volonté des particuliers n
peut ni suppléer à la loi, ni la contrarier.

Mais eussent-ils ce pouvoir, il est certain, et c'est là notr
second motif, qu'ils n'en useraient jamais. Comment en vendan
sa récolte, en vendant une misérable mâsure qui tombe [e
ruines, pour qu'on la fasse au plus vite disparaître, le pro
priétaire entendra quelquefois démembrer son domaine et cons
tituer sur son fonds (car les récoltes et la maison en font parti
tant qu'elles n'en sont pas détachées) une propriété rivale de l
sienne ? Cette idée est trop subtile et trop désavantageuse pou
être connue en pratique. Ce qu'il cède, ce sont des *meubles futurs*
des objets qui deviendront meubles par le fait de l'acquéreur
Le vendeur ne fait que s'obliger, il devient débiteur de meuble
non encore existants ; l'acheteur n'en est que le créancier. Il n'
a entre les parties qu'une convention simplement productiv
d'obligations et de créances corrélatives.

230. Et quant au caractère mobilier des ventes dont nou
parlons, caractère mobilier qui entraîne comme conséquence l
personnalité des droits transmis, il est affirmé par la juris
prudence et par la loi. La Cour de Cassation a décidé par d

nombreux arrêts que les ventes, soit de fruits pendants par branches et par racines, soit de bois taillis, soit même de futaies aménagées ou non, étant purement mobilières, ne transfèrent à l'acheteur qu'un pur droit mobilier (1). On admet de même que la vente d'une maison pour être démolie est simplement mobilière (2). Les lois du 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, n° 1, et du 22 pluviôse an VII, art. 1er, font rentrer les ventes de récoltes sur pied, de coupes de bois taillis ou de haute futaie dans la disposition, aux termes de laquelle les ventes mobilières sont frappées d'un droit de 2 °/₀. Enfin, la loi du 5 juin 1851 décide que les ventes de récoltes ou de taillis pourront être faites au choix des parties, soit par un notaire, soit par un commissaire-priseur, un huissier ou un greffier. Or, chacun sait que les ventes *immobilières* ne peuvent être faites que par un notaire.

Ajoutons que si l'on attribuait à ces ventes le caractère immobilier et translatif de droits réels pour les rendre opposables aux tiers et par là sujettes à la transcription, on arriverait à des conséquences impossibles, telles que celles-ci : ces ventes étant immobilières ne pourront être consenties que par un propriétaire jouissant de la plénitude de ses droits ; elles ne pourront l'être, ni par un envoyé en possession provisoire des biens d'un absent, ni par un tuteur, ni par un mineur émancipé, ni par une femme séparée de biens non autorisée de son mari ou de justice, ni, enfin, par le mari administrateur des biens propres de sa femme ! Incapacités désastreuses, pleines d'entraves à la bonne administration des biens, et que nul ne proposerait.

231. La transcription d'un acte contenant transmission d'une mine concédée est nécessaire. La loi du 21 avril 1810 range au nombre des immeubles les mines, sans distinguer celles qui sont concédées au propriétaire de la surface de celles qui sont concédées à un étranger (art. 8). Les articles 19 et 21 de la même loi donnent le même caractère immobilier aux bâtiments, machines, chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploi-

(1) Cassation, 8 septembre 1813, 8 mars 1820, 4 avril 1827.
(2) Cassation, 25 février 1812, 24 mai 1815, 9 août 1825.

tation. Ces objets, toutefois, reprendraient leur caractère mobilier, et la vente qui en serait faite ne serait plus sujette à la transcription, s'ils étaient séparés sans fraude de l'exploitation de la mine.

Mais que décider de la vente des matières extraites? Devra-t-elle être transcrite? Non ; car ces matières, par le fait de l'extraction et du détachement même, sont devenues meubles. Ce qui seulement est immobilier, de par la loi du 21 avril 1810, c'est le droit d'exploitation de la mine; c'est donc la cession de ce droit qui seule doit être transcrite.

Reste un dernier élément, soumis à des règles différentes. Je parle de la redevance que le concessionnaire de la mine est obligé de payer au propriétaire de la surface. Cette redevance se réunit à la valeur de la terre et est affectée avec elle aux hypothèques prises par les créanciers du propriétaire. Elle est considérée comme un accessoire de l'immeuble. Si donc le propriétaire aliène le fonds et la redevance, non séparément, mais par deux actes distincts, la transcription des deux actes est nécessaire.

Que si, au contraire, il détache d'abord du principal, de l'immeuble, l'accessoire, la redevance, celle-ci reprend son caractère mobilier, et le transport qui en est consenti, non accompagné de l'aliénation de la superficie, ne donne pas lieu à la transcription.

232. Ce que nous avons dit de l'exploitation d'une mine concédée ne s'applique pas à l'exploitation d'une carrière ou d'une minière. Le droit d'exploiter une carrière, limité à l'extraction d'une quantité déterminée ou indéterminée de matériaux, est un droit mobilier (1), puisque l'on suppose que le propriétaire de la surface n'a pas aliéné le fonds même de la carrière, l'arrière-dessous de son terrain, et que, dans cette hypothèse, aucune disposition législative n'attribue à ce droit une nature immobilière. La cession qui en est faite n'est donc pas soumise à la transcription. — Il faudrait décider le contraire dans le cas où

(1) Cassation, 19 mars 1816, 12 août 1833, 11 janvier 1843.

le propriétaire de la superficie aurait, avec le droit d'extraire des matériaux, aliéné le tréfonds. Cette distinction que MM. Mourlon et Troplong (1) ne font point, nous semble juridique et rationnelle.

233. Reste à examiner quel droit peut avoir, sur des bâtiments par lui élevés sur un sol dont il n'est pas propriétaire, un possesseur, un usufruitier, un locataire.

En ce qui concerne le possesseur, pas de difficulté, la loi a tranché la question; la propriété des bâtiments par lui construits passe au propriétaire de l'immeuble, sauf le règlement d'une indemnité. (Art. 555, C. Nap.)

234. Quant à l'usufruitier, il en est autrement. Pour le dispenser de transcrire la cession qu'il pourrait faire de bâtiments par lui construits, on a invoqué la maxime *Accessorium sequitur principale.*

Pour soumettre cette cession à la publicité, l'on a invoqué la même maxime, et cette maxime ne fait avancer la question en aucune manière.

Sans doute l'accessoire suit le sort du principal; mais, dans l'espèce, où est le principal? C'est ce qu'il faut savoir.

C'est la nue propriété, dit-on d'un côté (2), car les constructions faites par l'usufruitier doivent appartenir au propriétaire à la cessation de l'usufruit, en conformité de l'article 599 C. N., qui n'accorde même à l'usufruitier aucune indemnité à raison des améliorations qu'il peut avoir faites dans le fonds sujet à usufruit, « encore, dit la loi, que la valeur de la chose en fût augmentée. » *Accessorium sequitur principale.*

C'est l'usufruit lui-même, dit-on en sens inverse et cette fois avec raison. C'est dans l'usufruit existant sur le fonds que rentreront les bâtiments construits par l'usufruitier. S'il aliénait son usufruit, la transcription serait nécessaire; s'il aliène, dans la limite de son droit d'usufruit, les bâtiments qui en sont l'ac-

(1) *Traité théorique et pratique de la transcription*, n° 12. — *Priviléges et hypothèques*, n° 404 *bis*.

(2) DALLOZ, *Transc. hypothéc.*, 63.

cessoire, cette cession, pour être opposable aux tiers, devra de même être transcrite : *Accessorium sequitur principale* (1).

235. Pour ce qui est de bâtiments construits par un locataire ou fermier, trois opinions se sont produites.

La première soutient que la cession de ces bâtiments consentie par le locataire doit être transcrite (2). Nous ne saurions l'admettre et nous n'oserions avancer que nous la comprenons.

La seconde décide qu'une telle cession ne doit pas être transcrite. Cette solution peut devenir excessive, mais en soi elle est juste ; en effet, qui a le sol a les bâtiments, *quod solo inædificatur solo cedit ;* le locataire qui les a élevés en jouira, en vertu seulement de son bail ; s'il le cédait en entier, cette cession, ne transférant aucun droit de propriété, ne devrait pas être transcrite ; s'il le cédait seulement en ce qui concerne les bâtiments, il en serait de même, car, pas plus que du reste des choses prises à bail, le locataire n'en est propriétaire.

Une distinction pleine de vérité a toutefois été proposée. Il est vrai, dit-elle, la transcription de la cession, faite par un fermier, de bâtiments par lui élevés est inutile, un cas seul excepté. C'est celui où les bâtiments auraient été construits dans la condition acceptée par le propriétaire que le locataire ou le fermier en serait propriétaire tant qu'ils dureraient. M. Dalloz (3) avoue n'apercevoir aucun motif à cette distinction. Le motif existe cependant, simple et péremptoire : c'est qu'en ce dernier cas le constructeur des bâtiments a acquis sur le sol qui les supporte une propriété superficiaire susceptible d'hypothèque. Nous pensons donc que la cession qu'il en fera ne produira d'effet à l'égard des tiers qu'à compter du jour où elle sera transcrite.

(1) Flandin, *de la Transcription*, n° 33. — Mourlon, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, n° 13.
(2) Flandin, *de la Transcription*, n° 32.
(3) *Rép.*, *Transcription hypothécaire*, n° 62.

SECTION TROISIÈME.

ÉTENDUE DU DROIT RÉEL TRANSMIS.

236. Une condition, la plus importante peut-être pour que la loi de 1855 soit applicable, est que le droit transmis soit un droit de propriété. C'est la condition essentielle dont les autres ne sont que l'accessoire. La puissance juridique ne peut être attachée au droit de propriété ordinaire ou spéciale que quand il est reconnu par la loi. D'ailleurs, les modalités diverses, du moment qu'elles ont reçu le baptême légal, n'empêchent pas que la propriété n'entraîne toutes ses conséquences au point de vue de la publicité qui entoure sa transmission. Nous avons déjà examiné certaines applications de ce grand principe, nous en retrouverons d'autres lorsque nous étudierons les transmissions de propriété, conditionnelles, alternatives et autres.

237. La propriété immobilière, intégrale et absolue, n'est pas le seul droit dont la translation appelle la publicité. Nos articles 1 et 2 mentionnent d'autres droits encore pour lesquels la transcription est nécessaire.

Ce sont en première ligne les droits réels susceptibles d'hypothèque. (Art. 1, n° 1.) En théorie, la combinaison des articles 626 et 2118 du Code Napoléon, conduit à dire qu'il n'existe qu'un seul droit, l'usufruit, qui à ce point de vue puisse être assimilé à la propriété immobilière. La jurisprudence a grossi cette courte liste en assignant à l'emphytéose le caractère d'un droit réel susceptible d'hypothèque. Cette décision, que nous n'avons pas à étudier en détail, se justifie sous la loi nouvelle par cette considération que l'usufruit étant soumis à la publicité, le bail emphytéotique, qui confère au premier des droits plus étendus, doit *à fortiori*, subir la même loi.

Il faut en dire autant du droit de superficie, lequel est un droit réel immobilier, susceptible, comme l'emphytéose, de l'affectation hypothécaire.

Au premier aperçu, un doute est permis en ce qui concerne les actes contenant cession d'actions immobilières, parce que, d'après l'opinion commune au moins, ces actions ne sont pas en elles-mêmes susceptibles d'hypothèque ; il ne faut pas s'arrêter à cette apparente difficulté ; si l'action immobilière ne peut pas être hypothéquée, l'immeuble qu'elle représente, auquel elle se réfère, et dont elle est inséparable, peut fort bien, lui, être hypothéqué. Cela suffit pour que l'acte doive être transcrit.

238. Les autres droits qui peuvent servir de base à la formalité organisée par la loi de 1855, sont énumérés dans l'article 2, § 1° de cette loi.

L'antichrèse, contrat dont nous avons vu l'origine en étudiant les vices de la colonisation romaine, procure sans doute aux créanciers une très-solide garantie. Elle est cependant tombée dans un discrédit profond, dont la cause est la nécessité pour le débiteur de faire à son créancier la tradition de l'immeuble à lui livré *jure pignoris*. Le Code Napoléon fut tout près de le passer sous silence; et, pour lui donner une place, il ne fallut rien moins que les réclamations énergiques présentées au législateur par les magistrats. La nature du droit d'antichrèse répugne à ce qu'il puisse être seul l'objet d'une cession. Il peut être aliéné sans doute, mais avec la créance dont il est la garantie. — On s'est demandé si, dans ce dernier cas, l'acte de cession doit être transcrit Pour la négative, on part de ce point, que le droit d'antichrèse n'étant qu'un accessoire de la créance, et le transport de la créance elle-même étant affranchi de la transcription, la cession du droit d'antichrèse participe nécessairement à cette immunité. On ajoute que la transcription serait inutile par la raison qu'un second cessionnaire, avant de traiter avec le créancier antichrésiste, pourra et devra se renseigner auprès du débiteur, qui l'avertira que ce créancier a cessé d'être propriétaire de la créance. La solution nous paraît fausse et les motifs invoqués peu satisfaisants. D'un côté, la nature de la créance est singulièrement modifiée par l'accession de l'antichrèse, et d'autre côté, la transcription serait fort utile, cela est incontestable, vis-à-vis des tiers auxquels le débiteur lui-même voudrait constituer

des hypothèques ou d'autres droits réels sur l'immeuble, au mépris des droits du créancier antichrésiste, ou de ses concessionnaires, qui n'auraient pas fait transcrire.

239. Notre article 2, § 1er, exige la publicité pour les actes constitutifs de servitudes. Cette prescription ne s'applique qu'aux servitudes conventionnelles et non aux servitudes légales qui dérivent, soit de la situation naturelle des lieux, soit des obligations imposées par la loi. Ces dernières ont en elles une publicité toute faite, et, d'ailleurs, elles ne reposent sur aucun acte qui puisse être présenté à la transcription. Il en est autrement pour les servitudes légales qui supposent l'existence d'un titre : lorsqu'il s'agit, par exemple, du droit à la mitoyenneté ou à l'appui d'ouvrages de prise d'eau sur le fonds voisin, moyennant indemnité.

Selon nous, la servitude résultant de la destination du père de famille ne supposant pas l'existence d'un acte et étant établie directement par la loi, doit être dispensée de la transcription. Il y a d'ailleurs controverse.

On doit appliquer la solution contraire à la servitude de passage pour enclave. Bien qu'elle soit en principe établie par la loi, elle ne peut exister définitivement sans l'intervention ou de la justice ou de la volonté individuelle des parties, qui ont à fixer le chiffre de l'indemnité, l'assiette de la servitude, ou à décider lequel des voisins doit fournir le passage au propriétaire du fonds enclavé.

240. Sur la transcription des actes constitutifs de droits d'usage et d'habitation, une controverse s'est élevée. Voici à quel propos. Un immeuble est vendu, et le vendeur se réserve le droit d'en user ou de l'habiter. Quelle sera dans ce cas l'étendue de la transcription ? Qu'elle doive comprendre l'acte de vente, tout le monde le reconnaît; mais doit-elle nécessairement contenir la réserve qui restreint l'objet vendu? Des auteurs, frappés exclusivement par une considération dont nous ne nions pas la gravité, se sont appuyés sur l'intérêt qu'ont les tiers à connaître toutes les conditions de l'aliénation, pour soutenir que la réserve du droit d'usage ou d'habitation doit être transcrite.

Ils soutiennent que si l'on se contentait de transcrire la partie de l'acte relative à la vente de la nue propriété, sans faire mention du droit réservé, l'immeuble en serait affranchi vis-à-vis des tiers. — Cette solution est, selon nous, inconciliable avec les principes.

Que faut-il transcrire? L'aliénation et tout ce qui la modifie, cela n'est pas douteux; mais l'aliénation seule. Or, la réserve des droits d'usage ou d'habitation n'est pas une aliénation. Ces droits reposaient avant le contrat sur la tête du vendeur; après le contrat, ils y demeurent; il n'y a pas transmission, donc il n'y a pas possibilité de transcrire. Les autres droits qui, eux, passent à l'acheteur, nécessitent seuls l'emploi de la formalité.

Hâtons-nous de dire qu'il en serait autrement si la réserve, au lieu d'être contenue dans l'acte de vente, comme nous l'avons supposé, était stipulée dans un acte ultérieur. Là, il y aurait deux mutations: 1° le transport de la propriété complète à l'acheteur; 2° le retour d'une portion de la propriété au vendeur originaire. La transcription de l'un et de l'autre acte serait nécessaire, et à défaut de la seconde transcription, il est très-vrai de dire que la réserve, ou plutôt la rétrocession des droits d'user ou d'habiter, ne serait pas opposable au tiers.

SECTION QUATRIÈME.

CARACTÈRE TRANSLATIF ET FORME DES ACTES SOUMIS A LA TRANSCRIPTION.

241. Nous venons d'examiner les caractères des droits transmis, et les conditions qu'ils doivent réunir pour que leur transmission doive être rendue publique. Étudions maintenant les conditions nécessaires pour qu'il existe une transmission; étudions successivement les différents actes qui peuvent l'opérer, tels que la vente et ses équipollents, l'échange, le contrat de mariage et les sociétés en général, les retraits, les transactions, les actes administratifs.

242. En première ligne se présente la vente, et l'on peut dire

que c'est pour elle principalement qu'a été instituée la transcription, car c'est elle qui est le type des mutations à titre onéreux.

A quel moment la vente est-elle parfaite? A quel moment devient-elle susceptible de transcription? Tant qu'elle est à l'état de projet, de pollicitation, de promesse, peut-elle trouver place sur les registres du conservateur?

Pour le simple projet, aucune difficulté. Il est certain que la transcription est impossible.

Il en est de même de la polliçitation. On entend par ce terme, la promesse faite par une personne à une autre personne, de lui vendre telle chose moyennant tel prix, promesse qui n'est ni acceptée, ni refusée. En effet, il n'existe là aucun lien de droit, puisque l'auteur de la promesse peut la révoquer tant qu'elle n'a pas été acceptée.

Jusqu'ici, l'unanimité des opinions ne peut qu'être entière. Mais la controverse ne tarde pas à apparaître.

On suppose que la promesse est acceptée par celui à qui elle est faite sans que celui-ci promette lui-même d'acheter.

Posons d'abord comme certain qu'une telle promesse de vente, toute unilatérale, est valable, quoiqu'on ait soutenu et même jugé le contraire.

Mais doit-elle est transcrite?

Sur ce point deux systèmes se sont présentés. Le premier, que M. Dalloz combat avec raison, mais sans le reproduire avec une entière exactitude, distingue entre la promesse d'acheter et la promesse de vendre.

Dans le premier cas, dit-on, la convention est simplement *obligatoire*, elle fait naître une créance au profit du propriétaire de la chose qu'on a promis d'acheter. Mais il n'y a pas aliénation, même conditionnelle, il n'y a pas déplacement du domaine. Le propriétaire a reçu une promesse, mais n'a rien promis lui-même. Son droit demeure intact et entier sur sa tête. Donc il n'y a pas lieu à transcription.

Dans le second cas, au contraire, dit cette opinion, quand il s'agit d'une promesse de vendre, il en est autrement, et l'on

doit voir dans une telle promesse une vraie vente conditionnelle. L'événement est l'acceptation de celui à qui la promesse est faite. La propriété du promettant subit une modification profonde; d'inattaquable qu'elle était, elle devient annulable à la volonté d'un autre que le propriétaire. Ce dernier, à la différence de ce qui a lieu dans le cas de promesse d'acheter, ne conserve plus sa propriété entière. Or, s'il ne la conserve plus entière, c'est qu'une partie s'en détache et va se placer ailleurs; où? naturellement sur la tête de celui à qui la promesse a été faite. Il y a donc déplacement de propriété, il y a donc lieu à transcription.

Tel est ce premier système, professé par MM. Mourlon et Duranton (1).

Leurs adversaires, auxquels nous nous rallions, soutiennent que toute distinction est inutile, et ne voient dans la promesse unilatérale de vendre, pas plus que dans la promesse unilatérale d'acheter, aucun déplacement de propriété, et par suite aucun acte rendant possible la transcription. Une telle convention ne donne à celui en faveur de qui elle est faite, et qui l'a acceptée sans s'obliger de son côté, que le droit de contraindre l'autre partie à réaliser le contrat. C'est seulement l'acte qui réalisera la vente, ou le jugement en tenant lieu qui devra être transcrit. Quant à l'identité prétendue qui existerait entre la promesse de vente unilatérale et la vente conditionnelle, elle ne peut être admise. Pour qu'il y ait vente, le concours de deux volontés, de vendre d'une part, d'acheter d'autre part, est nécessaire. Or, dans une vente condititionnelle, le concours des volontés, le contrat synallagmatique existe dès l'origine, et la condition n'est qu'un fait extrinsèque, qui suspend l'effet du contrat, mais qui ne l'empêche pas d'exister. Au contraire, dans la promesse de vente unilatérale, le contrat ne se forme qu'au moment où l'acheteur éventuel déclare sa volonté d'acheter. Les deux cas

(1) Duranton, t. XVI, § 3. Mourlon, *Traité de la Transcription*, t. I. n° 39. M. Dalloz, *Rép.*, v° *Transcription hypothécaire*, n° 82, combat ces auteurs sans mentionner la réserve faite par M. Mourlon, en ce qui concerne la promesse d'acheter.

ne sont donc pas identiques. Tels sont les motifs fournis par les auteurs à l'appui de cette solution (1).

Ajoutons que le principe essentiel de la rétroactivité des conditions ne peut, dans le cas de promesse unilatérale, recevoir son application. Les deux termes nécessaires de cette rétroactivité sont : 1° le jour de la réalisation de la condition ; 2° le jour où le concours des volontés s'est produit. Dans le système que nous combattons, les effets rétroactifs sont impossibles, puisque l'événement de la condition et la formation du contrat se confondent en un même fait et dans un même trait de temps.

243. Que doit-on décider quand il existe une promesse synallagmatique, quand un propriétaire a promis de vendre pour tel prix, un tel immeuble, à une autre personne qui a promis de l'acheter au prix indiqué ?

Il importe d'écarter du débat un point sur lequel tous sont d'accord. Dans la pratique, on donne souvent le nom impropre de promesse de vente à de vraies ventes, faites verbalement ou par actes sous seing-privé, sauf à en passer plus tard un acte authentique devant notaire.

Dans ce cas la promesse porte non sur la convention même, qui est actuelle, mais sur la transformation de l'acte qui la renferme. La propriété est dès maintenant transférée. Si l'acheteur craint que son vendeur ne profite de l'intervalle qui s'écoulera entre l'acte sous seing-privé et l'acte public, pour grever de droits réels la propriété vendue, ou même pour la vendre une seconde fois, il pourra faire transcrire aussitôt qu'il le voudra l'acte sous seing-privé, qui est vraiment translatif de propriété.

Là-dessus donc pas de controverse, si la prétendue promesse de vente est en réalité une vente, la transcription est nécessaire.

Mais supposons qu'il y ait bien une promesse synallagmatique de vente et d'achat d'un même objet ; cette promesse devra-t-elle être transcrite ?

(1) MM. Rivière et Huguet *Questions sur la Transcription*, n° 53. Troplong, *de la Transcription*, n° 52. Gauthier, *Résumé de Doctrine et de Jurisprudence sur la Transcription hypothécaire*, n° 19. Flandin, *de la Transcription*, n°s 61 et 62.

Non, disent de grands jurisconsultes, car, dans cette hypothèse, la propriété n'est pas immédiatement transférée. L'acheteur futur n'a aucun droit réel sur l'immeuble objet du contrat, les parties ont l'une contre l'autre une action personnelle tendant à l'exécution de la promesse; si l'une d'elles se refusait à passer le contrat, l'autre pourrait faire ordonner par justice, qu'elle y serait tenue, ou que le jugement à intervenir en tiendrait lieu.

Tout cela est fort bien raisonné, mais il existe un petit obstacle; petit, dis-je, moins que rien; un texte formel du Code Napoléon, l'art. 1589, lequel est ainsi conçu : « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. » L'argument paraît sans réplique. Marcadé (sur l'art. 1589) et M. Troplong (*de la Vente*, art. 1589) tentent cependant d'y échapper par une interprétation historique de ce texte. Dans l'ancien droit, disent ces auteurs, on discutait fort la question de savoir si, après promesse réciproque de vente, chaque partie avait contre l'autre partie, en cas de refus de consommer la vente, une simple action en dommages-intérêts ou bien si les tribunaux avaient le pouvoir de consentir au lieu et place du récalcitrant. Or, le Code Napoléon a, dans l'art. 1589, tranché la difficulté dans le dernier sens, rien de plus. Donc aujourd'hui pas plus que sous notre ancienne jurisprudence, la promesse synallagmatique de vente ne contient de transmission de propriété. Elle renferme seulement l'assurance qu'elle aura lieu dans l'avenir.

En d'autres termes, la promesse de vente, de même que la vente, n'engendrait que des obligations; elle ne transférait pas de droits réels. C'est là le fond de l'argumentation de Marcadé et de M. Troplong.

Mais ce qu'ils paraissent avoir oublié, c'est que la vente a été complétement transformée par le législateur de 1804. Quoi que renferme de vicieux la définition de l'article 1582, il est certain pour tous que la vente aujourd'hui est de sa nature translative : Art. 1583 : « Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose

n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »—Aujourd'hui l'assimilation entre la vente et la promesse de vente existe comme autrefois, mais il ne faut pas oublier que l'un des termes du rapport, le terme dominant, *naturans*, pour me servir du langage de la philosophie, est complétement modifié et entraîne avec lui la modification de l'autre terme, du terme dominé *naturatum*. Autrefois la promesse de vente n'était pas translative de propriété, car elle *valait vente*, et la vente n'était translative que d'obligations. Aujourd'hui la promesse de vente est translative de droits réels, car elle vaut *vente*, et la vente transfère la propriété. L'interprétation proposée par les partisans de la doctrine contraire viole : 1° le texte (cela est évident; il suffit de relire l'article 1589); 2° l'intention du législateur. On peut s'en convaincre en relisant les travaux préparatoires. La règle contenue dans l'article 1589 est énoncée partout sans la moindre explication restrictive. Il en ressort que la promesse de vente est bien réellement par elle-même, et sans le secours ultérieur d'un autre contrat ou d'un jugement, une vraie vente, la vente de l'article 1583 (1); 3° elle contrarie enfin la raison : dans quel but, en effet, aurait-on refusé aux promesses réciproques de vendre et d'acheter l'effet qui appartient à la vente? Serait-ce pour laisser au vendeur le titre de propriétaire? Mais dans l'avenir il n'en pourra user qu'au préjudice de l'autre partie et au grand détriment de sa propre honorabilité, en transférant de nouveau à des tiers une propriété dont il a déjà disposé (2).

Conclusion : la promesse synallagmatique de vente, étant, comme la vente, translative de propriété, doit être transcrite.

M. Troplong (3) arrive naturellement à la solution contraire, et satisfait ainsi la logique.

M. Dalloz la satisfait beaucoup moins; car, après avoir décidé (v° *Enregistrement*, n°s 2343-2344) qu'une telle promesse trans-

(1) V. Fenet, XIV, p. 153 et 189.

(2) En ce sens : R. de Villargues, *Promesses de vente*, n° 13; Duranton, XVI, n° 51; Duvergier, I, n° 124; Zachariæ, II, p. 483.

(3) *De la Transcription*, n° 52.

fère la propriété, il professe le contraire aux mots *Vente* (nos 320 et 321), et *Transcription hypothécaire*, n° 83.

M. Flandin (1) joue le rôle de conciliateur, et fait remarquer que les opinions diffèrent bien peu sur la question, puisque la solution, dans un sens ou dans l'autre, dépend entièrement de l'interprétation à donner à l'intention des parties.

Aussi cet auteur, qui cependant refuse en principe à la promesse réciproque de vente le caractère translatif, conseille-t-il comme un acte de prudence de la transcrire immédiatement, afin, ajoute-t-il avec grand'raison, afin d'empêcher le vendeur de constituer des hypothèques sur l'immeuble, ou même de le vendre à un autre, dans l'intervalle de la date de cette promesse à sa transcription.

244. Cette solution s'applique au cas où la promesse synallagmatique de vente a été accompagnée d'arrhes; et ce qui vient d'être dit nous dispense de réfuter la distinction proposée par M. Flandin (2) entre le cas où des arrhes auraient été remises comme signe de la promesse et celui où elles l'auraient été comme preuve d'une vente consommée, *in argumentum emptionis et renditionis contractæ* (3). Dans le second cas seulement, M. Flandin admet la transcription, il la repousse dans le premier tout en la conseillant probablement comme mesure de prudence, comme il vient de le faire quand il n'y a pas eu remise d'arrhes.

Le fait de cette remise n'obvie pas à coup sûr au danger que M. Flandin est le premier à signaler.

245. Nous venons de dire que la promesse de vente, même verbale, doit être transcrite. Mais comment la transcription pourra-t-elle se faire? Comment sera-t-elle possible quand il s'agira, non plus d'une simple promesse, mais d'une vente actuelle et définitive faite verbalement? Pour transcrire, il faut qu'il y ait un acte; et nous supposons qu'il n'en existe aucun. Que faire?

(1) *De la Transcription*, nos 70 et 71.
(2) *De la Transcription*, nos 72 et suiv.
(3) *Institut.*, l. III, tit. 24, *Proem.*

D'après M. Flandin (1) et M. Gauthier (2), l'acquéreur n'a d'autre ressource, si son vendeur lui refuse un acte écrit, que de faire constater la vente par un jugement et ensuite de faire transcrire le jugement obtenu, comme l'y autorise l'article 1 de la loi du 23 mars 1855.

Ces délais sont bien longs et le vendeur aura du temps, *satis superque*, pour consentir de nouvelles aliénations au préjudice du premier acheteur.

M. Mourlon propose d'admettre l'acheteur à faire mentionner sur le registre des transcriptions la vente verbale à lui consentie, avec toutes les indications que les tiers ont intérêt à connaître. Si le conservateur refusait d'opérer cette mention, et ce serait son droit, une ordonnance du juge rendue sur requête l'y contraindrait et mettrait sa responsabilité à couvert. — De son côté, l'acquéreur devrait faire statuer au plus tôt par le Tribunal sur l'existence de la vente. — Ce serait là un avertissement pour les tiers, une mesure conservatoire pour l'acquéreur.

On a repoussé cet expédient pour un motif unique, si toutefois c'en est un, c'est qu'il a une origine étrangère, que c'est un emprunt fait au système des *prénotations* usité en Allemagne.

Comme si ce qui est juste et fécond, quand le législateur trop concis ne s'est pas prononcé, avait besoin d'une naturalisation officielle !

Mais le procédé qu'on propose n'est pas exotique autant qu'on veut le dire et trouverait dans nos lois et notre jurisprudence des affinités.

Les créanciers dont le gage est compromis peuvent le sauvegarder en le mettant provisoirement sous la main de la justice, à la condition qu'ils aient un titre. S'ils n'en ont pas, ils ne restent pas dans l'impuissance de se garantir : la justice à laquelle ils s'adressent leur délivre une permission d'agir, qui leur tient lieu de titre. (Art. 557, 558 Code de procédure.)

(1) *De la Transcription*, n°s 78 et 79.
(2) *Résumé de doctrine et de jurisprudence sur la Transcription*, n° 40.

Tous les jours on valide des inscriptions hypothécaires ou privilégiées prises en vertu d'un acte sous seing-privé, bien que l'art. 2148 oblige le requérant à l'inscription de produire l'original en brevet ou l'expédition authentique de l'acte générateur de l'hypothèque ou du privilége qu'il veut rendre public. Cette pratique ordonnée ou sanctionnée par une jurisprudence constante, n'a jamais été critiquée.

Ces analogies nous semblent suffisantes pour triompher du reproche de nationalité fait par M. Gauthier à la proposition de M. Mourlon.

246. Nous avons pensé que les ventes verbales doivent être transcrites; la même solution est-elle applicable aux ventes par correspondance?

Je reçois d'un de mes amis une lettre dans laquelle il me propose l'achat de sa terre. Je ne pourrai faire transcrire cette lettre; il n'y a pas encore de contrat déterminant entre nous la transmission de propriété.

Prenons une autre hypothèse. J'ai proposé à un propriétaire de lui acheter sa terre; il m'écrit une lettre par laquelle il consent à me la vendre, moyennant tel prix que je lui ai proposé et qu'il accepte. L'immeuble est clairement décrit, aucune méprise n'est possible. Je ne veux pas rester à découvert jusqu'au moment où mon achat sera régularisé par acte; je veux le faire transcrire; le pourrais-je?

Pour la négative, on dirait:

La transcription ne peut couvrir l'acheteur qu'autant qu'elle prouve l'existence de la vente; or, la pièce produite n'est pas valable comme acte sous seing, n'ayant pas été faite double; donc, la transcription est impossible.

Nous repoussons cette conclusion, parce que la mineure est douteuse, et la majeure certainement fausse.

C'est une question controversée de savoir si l'article 1325 s'applique aux lettres missives; et pour prouver la négative, on invoque avec force l'article 1985 du Code Napoléon, 109 du Code de commerce, rapprochés des termes de l'article 1325 lui-même, qui ne soumet à la nécessité des doubles que les *actes*.

D'autre part, il est certain que la validité de la transcription est indépendante de la validité de l'acte transcrit ; quand, par exemple, la convention peut être prouvée par une autre voie que l'acte nul, qui la renferme; ainsi par l'exécution volontaire.

247. Cette règle est appliquée et justifiée tout à la fois dans le cas d'une vente par mandataire : la vente seule doit être transcrite ; la procuration ne doit pas l'être (1). Et pourtant la validité de la vente ne saurait être établie que par la production du mandat. La nullité de la vente pourrait résulter, soit de l'absence de toute procuration, soit de ce que le mandataire aurait outrepassé les pouvoirs à lui confiés par son mandant.

La vente ou l'achat fait pour le compte d'un étranger non mandant, par une personne qui se porte son *negotiorum gestor*, doit être assimilé à une vente conditionnelle. L'événement sera la ratification faite par la partie pour le compte de laquelle on a contracté. Si elle se réalise, elle fera rétroagir les effets de la vente au jour où elle a été passée, sans toutefois que cette rétroactivité puisse nuire aux droits que l'ancien propriétaire aurait pu concéder à des tiers, dans l'intervalle de la vente à la ratification, pourvu, bien entendu, que ces tiers aient pris soin de faire transcrire leurs droits en temps utile (art. 3, L. 23 mars 1855). Toutefois, une distinction doit être établie relativement, non à la nécessité de la transcription, mais à l'époque où elle sera faite : si le *negotiorum gestor* a agi pour le compte de l'acquéreur, la transcription devra être immédiate ; il existe bien une transmission éventuelle de droits et le vendeur est lié ; si, au contraire, le *negotiorum gestor* a agi pour le compte du vendeur, on ne saurait trouver là le germe d'une transmission : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Le *negotiorum gestor* n'aurait aucune qualité pour requérir la transcription de l'acte, tant que le propriétaire n'aurait pas ratifié la

(1) Merlin, *Questions de droit*, v° *Transcription*, § 3, n° 2. — Rivière et François, n° 32; Rivière et Huguet, n° 60 ; Mourlon, n° 28; Flandin, n° 119. — *Contrà*. Martou, *Priviléges et Hypothèques*, I, n° 54.

vente. Il faudra donc, dans ce cas, attendre, pour transcrire, la ratification (1).

248. L'acquisition faite avec déclaration de command, se rapproche beaucoup, en apparence, du même acte fait en vertu de mandat. On entend par ces mots la faculté que se réserve l'acquéreur, d'indiquer dans un certain délai la personne pour laquelle il achète. Il existe, toutefois, une différence qui rend utile une double transcription, et qui vient de la situation juridique spéciale de l'acquéreur avec déclaration de command.

Celui-ci devra faire immédiatement transcrire son acquisition, pour se garantir contre les droits que son vendeur pourrait ultérieurement concéder à des tiers.

D'un autre côté, le command, pour lequel on a agi, peut faire transcrire son acquisition pour se mettre à l'abri contre les concessions que pourrait faire l'acquéreur apparent.

Contrairement, en effet, à ce qui existe pour le mandataire, l'acquéreur avec faculté d'élire un command est, jusqu'à sa déclaration, considéré comme le véritable acquéreur, et une vente, des hypothèques concédées par lui subsisteraient. La transcription ainsi opérée par le command avant son acceptation serait un acte conservatoire valable, mais son acceptation elle-même n'a pas besoin d'être transcrite ; une fois faite, elle rétroagit au jour de la vente.

249. Nous n'avons qu'un mot à dire de la vente à terme. Il est clair qu'elle doit être, quant à la transcription, entièrement assimilée à la vente pure et simple.

250. Nous arrivons aux diverses ventes conditionnelles:

Dans le cas où la vente est faite sous condition résolutoire, il est évident que la transcription doit être faite; puisque la mutation a lieu, que la propriété est transmise à l'acquéreur le jour même de la vente, les tiers doivent être avertis de cette transmission.

Il en est de même de la vente faite sous condition suspensive, quoique d'incontestables différences juridiques semblent

(1) Flandin, 125 et suiv.; Mourlon, nos 28 et 32. *Contra*, Troplong, no 128.

repousser l'assimilation. La transmission de propriété existe à peine, si elle existe, puisque jusqu'à l'événement de la condition, les risques restent à la charge du vendeur (art. 1182, Code Nap.). Or la transcription ne peut avoir lieu que là où il y a translation. Il ne faut pas s'arrêter à cette objection, fausse, parce qu'elle énonce une vérité incomplète. De l'art. 1182, il faut rapprocher l'art. 1179, qui proclame le principe de la rétroactivité et qui déclare que, l'événement se réalisant, la transmission est réputée avoir lieu du jour de la convention. La translation de la propriété est incertaine en fait, mais si l'avenir la consacre, elle produit tous ses effets à partir du jour où les volontés des parties sont tombées d'accord. Et ainsi, dans ce cas plus que jamais, la transcription est nécessaire : le vendeur après le contrat conditionnel pourra fort bien, à l'insu de l'acquéreur, traiter de nouveau avec des tiers qui, avant l'événement, feront transcrire, et celui-ci lors de l'accomplissement de la condition se verra forcément primé, si on lui refuse la faculté de transcrire le contrat aussitôt après sa formation (1).

La doctrine et la pratique conduisent unanimement à cette solution. Il est un point très-voisin de celui-là qui a fait naître des dissidences, exceptionnelles il est vrai, parmi les auteurs. Si l'acheteur, la condition étant encore en suspens, vend son droit conditionnel, cette cession devra-t-elle être transcrite?

Non, répondent deux écrivains collaborateurs, une telle cession ne doit pas être transcrite (2).

Tout leur système repose sur une insaisissable subtilité, laquelle consiste à distinguer profondément la nature de la cession consentie par le vendeur au premier acheteur, et celle de la cession consentie par ce dernier au second acquéreur. Tandis que la première, dit-on, a pour objet une propriété, conditionnelle sans doute, mais enfin une propriété, la deuxième

(1) MM. Rivière et Huguet, *Questions*, n° 101; Troplong, *De la Transcription*, n° 154; Mourlon, n° 14; Gauthier, n° 25; Bressoles, n° 28.

(2) Rivière et Huguet, *Questions*, 107 et 108.

cession au contraire ne porte que sur un simple droit, une espérance de la réalisation de l'événement; ce droit n'est pas susceptible d'hypothèque, donc la transcription ne peut être appliquée.

Ce raisonnement est faux dès sa naissance. On reconnaît que ce que le vendeur a transféré au premier acheteur, c'est vraiment son droit de propriété; or, ce que le premier acheteur transfère au second, c'est tout ce qu'il a acquis, c'est un droit de propriété. Donc la transcription peut et doit être faite. Il est vrai que le droit lui-même ne saurait être hypothéqué, mais cela n'est point particulier au cas qui nous occupe, et ici, comme toujours, le second acquéreur pourra conditionnellement hypothéquer l'immeuble, objet de son droit de propriété conditionnelle.

Inutile d'insister à un autre point de vue sur les conséquences désastreuses et tout-à-fait contraires à l'esprit de la loi qui découlent du système que nous repoussons. La première vente rendue publique, attirera les tiers et fera qu'ils traiteront avec l'acquéreur. Mais celui-ci aura, depuis la transcription, consenti de nouvelles ventes secrètes et pourtant opposables aux tiers.

251. On s'est demandé si l'événement de la condition qui vient donner à la vente une existence certaine et rétroactive doit être transcrit. La commodité pour les tiers d'une telle transcription est incontestable, mais la loi ne l'exige en aucune manière, et si elle l'eût voulue, elle n'eût pas manqué d'en tracer les formes. Elle n'en a rien fait; elle exige la transcription des actes, non des faits. Et d'ailleurs les tiers sont avertis de la vente, de son caractère conditionnel; c'est là l'essentiel. Quant à vérifier si la condition est ou n'est pas réalisée, ils le peuvent faire par tous les moyens qu'ils jugent convenables. Pour eux, aucune surprise n'est possible.

252. Il existe deux sortes de ventes qui ont été rattachées à la vente conditionnelle: celle dont le prix est laissé à l'arbitrage d'un tiers et la vente alternative.

Si le tiers arbitre est désigné dans l'acte, la désignation future

constitue la condition, au défaut de laquelle la vente tombera. C'est donc là une vente conditionnelle, et tout ce que nous venons de dire est ici applicable.

Si le tiers arbitre n'a pas été désigné dans l'acte, une question préliminaire doit être posée, sur laquelle trois systèmes se sont formés.

L'un d'eux, considérant que la vente est faite sous une condition potestative de part et d'autre, puisqu'il dépend de chacune des parties de rendre l'estimation impossible en refusant de désigner les arbitres, la déclare nulle de plein droit (1).

La seconde opinion estime que la vente est valable, et que les arbitres, au refus de l'une des parties de les désigner, pourront être nommés par la justice (2).

Le troisième système enseigne que la vente n'est point nulle de plein droit, et que si les parties nomment l'arbitre comme elles s'y sont engagées, et que cet arbitre fixe le prix, aucune raison ne peut s'opposer à la validité de la vente; mais il ajoute, qu'en cas de refus de l'une des parties de nommer l'arbitre, la désignation n'en peut être faite par la justice, à moins, bien entendu, que la convention n'autorise ce mode de désignation (3).

Sans nous enfoncer dans l'examen approfondi de ces solutions, dont la dernière nous paraît la meilleure, nous reconnaissons que tous ceux qui rejetteront la première devront nécessairement admettre la nécessité de la transcription.

253. La vente alternative, elle aussi, doit être transcrite, soit qu'on la considère comme une double vente conditionnelle, dont l'une seulement vaudra, car l'accomplissement de la condition, qui parfera l'une des deux, fera forcément défaillir la condition à laquelle l'autre est subordonnée; soit plutôt qu'on voie dans la vente alternative une vente ferme; puisque l'incertitude complète qui caractérise la vente conditionnelle est

(1) Delvincourt, III, p. 115. — Duranton, XVI, 113, 114. — Troplong, *de la Vente*, I, n° 157. — Marcadé, art. 1591-1592.

(2) Duvergier, *Vente*, I, n° 153. — Mourlon, 36. — Flandin, n° 99.

(3) Dalloz, *Vente*, n° 380.

absente, et que, d'après les principes et les textes formels, lors même que les deux immeubles viendraient à périr, par cas fortuit, avant l'option, l'acquéreur n'en devrait pas moins le prix, quoiqu'il fût devenu impossible de lui livrer la chose..... *Sed et si pariter decesserunt* (Il s'agit de deux esclaves vendus sous alternative) *pretium debebitur : unus enim utique periculo emptoris vixit* (1).

254. Les ventes qui peuvent être annulées ou rescindées, pour un vice quelconque, n'en ont pas moins un caractère apparent et translatif de propriété qu'elles conservent tant que l'acte n'a pas été annulé. Aussi une vente consentie par un incapable doit être transcrite immédiatement par l'acquéreur, si celui-ci veut profiter à l'encontre des tiers de la ratification qu'il espère et que l'incapable pourra lui fournir quand son incapacité aura cessé. En l'absence de transcription, en effet, il est certain que les droits éventuels du premier acquéreur pourraient être frustrés par d'autres acquisitions consenties sur le même objet, postérieurement à la sienne, mais antérieurement à l'époque de la ratification possible.

On ne discute pas si la ratification elle-même doit être transcrite. En principe, la négative est partout professée, parce qu'un pareil acte qui n'est que la renonciation à l'exercice de l'action en nullité, n'est pas translatif de propriété, et que d'ailleurs les tiers par la transcription de l'acte ont connu l'aliénation. Tout en déclarant non obligatoire la transcription de la ratification, on conseille cependant comme mesure de prudence de la faire mentionner en marge de la transcription de l'acte de vente.

255. La dation en paiement étant dans tous les cas un acte équipollent à vente, *dare in solutum est vendere*, elle est sujette à la transcription.

Il en est de même de la cession de biens, si l'abandon que fait le débiteur de ses immeubles à ses créanciers a pour effet de le libérer envers eux, soit en totalité, soit pour partie et jusqu'à

(1) L. 34, § 6. D. *de Contrahenda emptione*. — V. Pothier, *de la Vente*, n° 312.

concurrence seulement des immeubles abandonnés. Mais si, d'après les conventions des parties, la cession de biens volontaire est assimilée dans ses effets à la cession judiciaire qui, d'après l'article 1269 du Code Nap., « *ne confère point la propriété aux créanciers*, mais leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente; » dans ce cas, il est certain que l'acte de cession ne doit pas être transcrit.

L'article 903 du Code de procédure organise la publicité spéciale de la cession de biens judiciaire.

256. Nous passons à un autre contrat très-voisin de la vente, l'échange. Il est comme elle translatif de propriété; comme elle, il doit être transcrit quand il porte sur des immeubles.

On s'est demandé si, chacun des échangistes étant tout à la fois acheteur et vendeur, une double transcription n'est pas nécessaire ? Pour répondre à cette question, il faut se préoccuper seulement de la situation des immeubles; s'ils sont dans le ressort du même bureau de conservation des hypothèques, il ne faudra qu'une seule transcription; si au contraire, la transcription devra s'opérer dans l'un et l'autre des bureaux de la situation (1). Un jurisconsulte soutient qu'il faut aussi se préoccuper des parties elles-mêmes et que toujours une double transcription doit être faite sur la tête des deux échangistes. Ç'avait été le vœu émis par une Cour d'appel lors de l'enquête de 1841. Aujourd'hui cette opinion est entièrement abandonnée. L'état de la fortune immobilière de chacune des deux parties est porté à la connaissance des tiers par une transcription unique.

257. Les seules questions controversées sur la transcription de l'échange naissent du rapprochement de cet acte avec le partage. Ainsi on s'est demandé si l'acte par lequel des copartageants conviennent d'échanger leurs lots, doit ou ne doit pas être transcrit :

Deux distinctions différentes et une solution absolue ont été proposées.

(1) M. Lemarcis, n° 3.

Il faut pour répondre, disent les uns, savoir si la convention par laquelle les parties échangent leurs immeubles précède ou suit le partage. Le suit-elle, il y a là une véritable aliénation, puisque les copartageants ont cessé d'être copropriétaires, et n'ont fait qu'un échange de ce qui leur appartenait désormais exclusivement; il faudra transcrire. Le précède-t-elle, on doit appliquer l'article 888, d'après lequel est considéré comme partage, et par conséquent d'après la loi de 1855 comme non soumis à la transcription, tout acte qui fait cesser l'indivision entre cohéritiers, qu'il soit qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute autre manière (1).

D'autres distinguent si la convention a été insérée dans l'acte de partage ; et alors, comme elle en fait partie, comme elle n'est que la substitution de l'attribution par le choix à l'attribution par le sort, la transcription n'aura pas lieu. Que si la convention n'est pas mentionnée dans l'acte de partage, elle reste un acte indépendant, qui sans doute n'aura pas de caractère translatif entre les parties, mais qui, restant occulte à l'égard des tiers, ne pourra leur être opposé tant qu'il n'aura pas été rendu public (2).

Les raisons invoquées par les représentants de ces deux opinions ne nous semblent pas satisfaisantes. Comment, par exemple, se contenter, comme le fait le second système, d'une simple considération d'utilité pour soumettre à la transcription un acte qu'il reconnaît, à tort ou à raison, non translatif de droits.

La vérité est, selon nous, du côté de ceux qui enseignent d'une manière absolue que la convention antérieure ou postérieure, insérée ou non insérée au partage, doit, dans tous les cas, être transcrite. Le motif en est que cette convention, son effet se reportant nécessairement à une époque postérieure au partage, s'en détache et constitue un véritable échange. La première opinion pourrait tirer des précédents historiques un argument

(1) Rivière et Huguet, *Questions*, n° 96.
(2) Mourlon, n° 198, 8°.

d'analogie. Pothier, en effet, enseigne (1) que l'échange de leurs lots fait par des copartageants, même après partage, mais avant d'en avoir pris possession réelle, n'est pas une mutation, mais bien un nouveau partage ne donnant pas lieu au *profit de vente.* On appelait ainsi sous l'ancien Droit français un droit dû au seigneur dominant, en plusieurs mutations (2). Mais cette prétendue analogie n'existe même pas. Car Pothier s'inspirait de la législation romaine qui exigeait la *tradition réelle;* mais aujourd'hui qne cette tradition n'est pas nécessaire pour la perfection du contrat, il y aurait échange et l'acte serait soumis à la transcription (3).

258. Il est certain que l'échange qui a vraiment le caractère de partage échappe à la transcription.

S'il y a soulte, la proposition se divise. Elle reste vraie dans le cas où la soulte se compose de valeurs héréditaires (4).

Mais elle cesse de l'être si la soulte consiste en valeurs étrangères à l'hérédité ; si, par exemple, une succession étant à partager entre deux héritiers, l'un d'eux recevait la totalité des biens héréditaires moyennant l'abandon qu'il ferait à l'autre d'un immeuble à lui propre. L'acte prend alors une nature mixte suivant qu'on en considère les effets vis-à-vis de l'un et de l'autre des cohéritiers. Celui à qui sont échues les valeurs héréditaires les détient en vertu d'un partage et n'a pas besoin de faire transcrire; celui qui a reçu la soulte composée de valeurs étrangères à la succession, a pour titre un acte translatif qui reste par conséquent soumis à la transcription. Un arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1850 semble repousser cette doctrine (5) et considérer l'acte comme translatif, aussi bien à l'égard de l'un qu'à l'égard de l'autre cohéritier. Mais cette déci-

(1) Coutume d'Orléans, *Titre des fiefs,* art. 113, et Introduction générale, n° 102.

(2) V. Denizart, V° *Fiefs, Lods et Ventes. Quint et Rachat.*

(3) M. Flandin, n°s 187, 188, 189.

(4) Pothier, *Vente,* n° 630. Coutume d'Orléans, Introduction au titre I^er^, n° 152. MM. Rivière et Huguet, n° 99. Mourlon, n° 199, 1°. Flandin, n° 190.

(5) Dalloz, 1850, I, 282.

sion rendue en matière fiscale, ne contredit pas doctrinalement l'opinion que nous adoptons ; elle était commandée par l'indivisibilité du droit de transcription (art. 25 de la loi du 21 ventôse ; —art. 69, § 7, n° 4 de la loi du 22 frimaire an VII ; —art. 25, L. du 28 avril, et art. 2, L. du 16 juin 1824), et par cette circonstance de fait que les parties avaient elles-mêmes présenté leur acte comme un acte d'échange pour ne payer sur la valeur des biens non héréditaires cédés en soulte, que le droit de 2 1/2 p. %, au lieu du droit de 5 1/2 p. % exigé pour toute transmission d'immeubles.

259. Avant d'examiner l'influence de la loi du 23 mars 1855, sur les retraits et sur les divers régimes civils qui gouvernent, au point de vue des biens, la société conjugale, étudions cette influence sur un contrat qui occupe une moindre place dans les relations de droit privé, la transaction.

Il faut tout d'abord écarter une source de difficultés, et bien faire entendre que ce que nous dirons s'appliquera seulement aux vraies et sincères transactions, et point aux actes qui n'en porteraient que le nom, pour recouvrir une libéralité ou une vente déguisée.

Dans l'ancien Droit français, des auteurs (1) attribuaient à la transaction le caractère translatif, lorsque la possession de l'objet litigieux était déplacée. Dans tous les autres cas, ils la considéraient comme purement déclarative. Cette distinction, repoussée par la grande majorité des auteurs, avait suscité une discussion scientifique sous laquelle il est facile d'apercevoir les restes de la longue querelle soutenue par les juristes contre la féodalité. *Transactio non est titulus, sed tituli prætenti confessio. Hoc ergo casu nec laudimia debebuntur, nec gabellæ, nec cæteræ consequentiæ contractuum dominii translativorum* (2). Ce fut ce dernier principe qui prévalut et qui passa dans notre Droit actuel. Au-

(1) TIRAQUEAU, *Du Retrait lignager*, § 1, gl. 14, n° 16. FONTMAUR, *Des Lods et Ventes*, n° 414. FAVRE, C. *De Transactionibus*, 41. 4, def. 3. MORNAC, *Sur la L.* 33, C. *De Transactionibus*.

(2) D'ARGENTRÉ, *sur Bretagne*, art. 266, *De Laudimiis*, C. 1, § 35. DUMOULIN, *sur Paris*, § 33, glos. 1, n° 67.

jourd'hui, presque tous les auteurs enseignent que la transaction n'est pas translative de propriété et en concluent naturellement qu'elle n'est pas de nature à être transcrite. Deux auteurs seulement rejettent cette conclusion, MM. Desenne (1) et Mourlon (2).

M. Mourlon surtout, dans une large et vigoureuse dissertation, s'efforce de prouver que la transaction n'est ni translative ni déclarative de propriété, mais qu'elle est purement *extinctive* et, comme telle, soumise à la transcription. C'est à tort selon lui qu'on assimile la transaction à un jugement: si la transaction est la renonciation à un droit, dans un procès, la partie qui succombe ne peut être réputée renoncer à un droit que le jugement déclare qu'elle n'avait pas. Une telle assimilation, l'auteur va jusque-là, est contraire à la morale. Et pour *établir* cette proposition imprévue, il *suppose* que la prétention de celui qui transige est faite de mauvaise foi. Mais ce n'est là qu'une hardiesse de plume. La transaction est déclarative, parce qu'elle renferme la proclamation de droits douteux en réalité, mais que les parties consentent à considérer comme certains; or c'est précisément ce qui a lieu dans le cas d'un jugement, moins bien entendu l'accord amiable des parties, élément qui ne peut exercer aucune influence au point de vue qui est le nôtre. Mais la transaction fût-elle purement extinctive, comme le soutient M. Mourlon, elle ne serait pas davantage soumise à la transcription, car elle ne tombe pas sous le coup des articles 1 et 2 de la loi de 1855, qui n'entendent parler que des renonciations *translatives*, *in favorem*, et non des renonciations simplement *abdicatives*. Veut-on même que la transaction soit translative, elle ne pourrait pas encore être transcrite, et pour en exprimer la raison, on ne saurait mieux faire que de reproduire et analyser l'opinion de Pothier: « La transaction, dit-il, étant, par sa nature, *de re incerta et dubia*, il demeure incertain si la partie qui, par la transaction, délaisse l'héritage à l'autre, moyennant une somme d'argent qu'elle a reçue d'elle, en était proprié-

(1) *Commentaire sur la loi du* 23 *mars* 1855, n° 38.
(2) *Traité théorique et pratique de la Transcription*, nos 72 et suiv.

taire plutôt que la partie à qui elle l'a délaissé ; en sorte que celle-ci, par la transaction, est censée avoir acquis plutôt le désistement du procès qu'on lui faisait sur cet héritage que cet héritage même (1). »

Notre conclusion est donc que la transaction ne doit pas être transcrite. A cela une exception : lorsque l'une des parties, pour prix de la transaction, reçoit un immeuble (ou un droit susceptible d'hypothèque) *non litigieux*, le caractère translatif apparaît et la transcription doit être opérée.

260. Le droit de retrait est la faculté pour un individu de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place, de telle sorte que le contrat conserve sa vie et son identité, et que le retrayant, simplement subrogé à l'acheteur sur qui le retrait est exercé, est réputé avoir acquis directement du vendeur, comme si l'acheteur, auquel il est substitué, n'avait jamais acheté. Telle est la définition générale de cet acte, dont l'ancien droit français comptait jusqu'à vingt-cinq variétés (2). Le Code Napoléon n'en reconnaît que trois : le retrait successoral (art. 841) ; le retrait d'indivision (art. 1408), et le retrait litigieux (art. 1699).

Ces retraits doivent-ils être transcrits par le retrayant ?

Oui, évidemment, ils doivent l'être si le retrayé n'a pas fait transcrire son acte, quand cet acte était de nature à être transcrit ;

Non, si le contraire a eu lieu, si la transcription de l'acte a été faite par celui contre qui le retrait est exercé.

M. Troplong a combattu cette dernière solution.

Le sort des hypothèques ou autres droits réels, constitués par le retrayé ou existant de son chef sur l'immeuble, avant le retrait, fait l'intérêt pratique de cette question. Ceux-là sont résolus par l'effet du retrait ; il en est autrement, bien entendu, des hypothèques ou droits réels qui auraient été concédés sur l'immeuble par le vendeur.

(1) POTHIER, *Traité des Retraits*, n° 110, et *Traité de la Communauté*, I, n° 164.

(2) V. MERLIN, *Répertoire*, v° *Retrait*.

M, Troplong (1) invoque un argument d'utilité : l'intérêt qu'ont les tiers à connaître l'acheteur définitif qui prend la place de l'acheteur éliminé.

La réponse opposée à cette considération est d'un autre ordre, mais péremptoire : on ne peut transcrire que des actes d'aliénation ; or le retrait n'en contient aucune : donc il ne peut être transcrit. Ce raisonnement, qui s'applique directement au retrait successoral, est aussi vrai du retrait d'indivision.

261. L'art. 1408 est ainsi conçu : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, *ne forme point un conquêt*, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. — Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. » A partir de l'acquisition faite, il est clair qu'il n'y a pas de transmission postérieure quand la femme exerce le retrait d'indivision. L'effet de ce retrait ne peut pas être de faire sortir l'immeuble de la communauté, puisque, contrairement à ce qui existait sous l'ancien Droit français, il n'y est pas entré ; l'immeuble est donc resté éventuellement, et pour le cas où la femme voudra exercer le retrait, un propre de celle-ci. Il y a métamorphose de la propriété incertaine en propriété certaine, mais il n'y a pas translation, par conséquent la transcription ne doit pas être faite.

272. En ce qui concerne le retrait litigieux, l'opinion que nous adoptons, outre les motifs déjà énoncés, aurait une raison spéciale. C'est qu'alors il se pourrait faire que la transcription manquât de base. Soit cette hypothèse : Pierre revendique un im-

(1) *De la Transcription*, n° 247.

meuble possédé par Paul. Durant le procès, Paul vend cet immeuble à Jean. Pierre intervient, indemnise l'acheteur, et s'approprie le bénéfice de la vente. Supposons que, après avoir exercé le retrait, Pierre obtienne de Paul le délaissement volontaire de l'immeuble revendiqué; ce délaissement, véritable reconnaissance du droit de propriété de Pierre, véritable transaction sur procès, fera tomber du même coup et l'aliénation faite par un vendeur sans droit et le retrait qui en a été la suite. Or, que transcrirait-on dans ce cas?

Ce que nous venons de dire est une conséquence de ce que nous avons exprimé plus haut sur la nature et l'effet purement déclaratif de la transaction.

263. Au point de vue du régime des biens et de l'organisation légale, l'association conjugale n'est autre chose qu'une société civile, dominée par d'importantes règles qui lui sont propres et dont l'examen n'appartient pas à notre sujet. Dans leurs rapports avec la loi du 23 mars 1855, les sociétés en général ont été l'occasion de controverses sérieuses. La première est celle de savoir si, comme les sociétés commerciales, les sociétés civiles et la communauté ont une existence indépendante de chacun des associés pris individuellement. Malgré les efforts récents d'un éminent professeur belge (1), M. Thiry, en ce qui concerne les sociétés civiles, il est plus généralement admis qu'elles constituent un être moral. Quant aux sociétés commerciales et à la communauté, leur personnalité distincte, qui n'a rencontré qu'un adversaire, Toullier, est universellement reconnue aujourd'hui. Nous ne nous arrêtons pas davantage sur cette discussion, parce qu'elle est dépourvue d'influence pratique sur notre sujet. Un immeuble apporté en société, qu'il devienne la propriété exclusive de la société, qu'il devienne la propriété indivise de tous les associés considérés *ut universi*, cesse toujours d'être la propriété individuelle de l'associé qui en fait l'apport; il y a donc mutation, nécessité par conséquent de transcrire (2).

(1) V. *Revue critique de Législation*, t. V, p. 412.
(2) *Contra*. M. Sellier, Commentaire n° 123.

Il en est ainsi alors même que l'immeuble n'est apporté dans la société que pour la jouissance ; ce droit de jouissance constitué au profit de la société doit être assimilé à un usufruit.

264. Il importe d'étudier avec quelque méthode les règles de la transcription dans leur rapport avec l'association conjugale.

A. — Nous passerons d'abord en revue les divers régimes matrimoniaux en nous plaçant avant la dissolution du mariage.

B. — Puis, supposant le mariage dissous, nous verrons la place réservée à la transcription parmi les faits juridiques, conséquences de cette dissolution.

A. — 265. 1° Il est certain que le contrat de mariage par lequel les époux ont déclaré se marier sous la communauté légale sans la modifier, n'est pas soumis à la transcription.

2° Sur le cas où, dans le contrat de mariage, on a stipulé une société d'acquêts, deux opinions se sont produites. L'une partant de ce point qu'un droit d'usufruit est constitué au profit de la communauté, sur les biens de la femme, s'appuie sur l'article 1533 pour assimiler à peu près ce droit à un usufruit ordinaire. On reconnaît que la communauté ne pourrait ni aliéner ni hypothéquer ce droit ; mais la femme avait ce pouvoir avant de s'en dépouiller par son contrat de mariage. Cela, dit-on, est suffisant pour rendre nécessaire la transcription (1).

Nous repoussons ce système en nous attaquant tout d'abord à la conséquence qu'il entraîne. Cette conséquence la voici : les aliénations et les hypothèques consenties par la femme seront maintenues à l'encontre de la jouissance de la communauté, si les acquéreurs ou les créanciers hypothécaires ont les premiers rendu public leur contrat ; sinon, elles resteront sans effet à son égard. C'est cette dernière proposition qui est surtout inadmissible. Ceux qui la mettent en avant poussent trop loin l'assimilation qui sert de base à leur système ; ils perdent de vue que la communauté est usufruitière universelle, que comme telle et dans la limite de son droit, elle est associée à l'obligation de garantie qui pèse

(1) MM. Rivière et Huguet, nos 143 et 146.

sur la femme au profit des tiers qui ont contracté avec elle. La communauté tombe sous le coup de la maxime : *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.*

3° La clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie, si elle est employée seule, ne modifie en rien ce que nous avons dit de la communauté légale. — Le contrat de mariage qui la contient ne doit pas être transcrit.

266. 4° La clause d'ameublissement (Code Nap., art. 1505-1509), soulève des questions de transcription difficiles et controversées.

Art. 1505. « Lorsque les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs, cette clause s'appelle *ameublissement.* »

Plusieurs combinaisons peuvent se présenter.

L'ameublissement est déterminé ou indéterminé quant à son objet, limité ou illimité quant à son chiffre.

Supposons d'abord un ameublissement déterminé, sans limitation de somme. *L'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble en tout.* (Code Nap., art. 1506.)

Le contrat de mariage doit-il être transcrit? Ici encore les deux systèmes opposés, celui qui tient pour la négative et celui qui professe l'affirmative, mettent en avant des considérations d'ordre différent.

Pour soutenir que le contrat de mariage ne doit pas être transcrit, on raisonne ainsi :

Sans doute, dit-on, les principes ordinaires semblent appeler la transcription, puisqu'il existe une transmission, mais c'est à un autre point de vue qu'il faut se placer. La transcription, si elle était faite, le serait évidemment dans l'intérêt de la communauté. Or, précisément l'intérêt de la communauté est qu'on ne transcrive pas; et pour le prouver, on suppose que la femme ameublit par son contrat de mariage un immeuble qu'elle avait vendu auparavant, mais qu'elle n'avait pas livré. L'acquéreur n'a pas transcrit, le mari remplit cette formalité. Le premier aura une action en dommages-intérêts, dont la cause étant antérieure au mariage, tombe à la charge de la communauté. — Si,

au contraire, la transcription n'a pas été faite par le mari, la communauté, évincée sans doute, est indemnisée par l'action en garantie qu'elle a contre la femme.

Le second côté de l'alternative est vrai, mais le premier, celui qui constitue l'argument, est faux. Sans doute, il est exact de dire, en général, que les dettes des époux ayant une cause antérieure au mariage, tombent de plein droit à la charge de la communauté sans récompense ; mais ici il y a exception, tous le reconnaissent, même les partisans de l'opinion que nous combattons, et l'époux, auteur de l'ameublissement, est tenu de la garantie envers la communauté en cas d'éviction.

On voit donc quel intérêt a la communauté à ce que la transcription soit faite : dans les deux cas, elle a droit à la valeur intégrale de l'immeuble ameubli ; mais dans l'un ce droit peut être frustré ; exemple, par l'insolvabilité de la femme; tandis que dans l'autre cas, il est à l'abri de toute atteinte, puisque la communauté conserve l'objet intégral de son droit.

Cet argument renversé, reste à faire l'application du principe rigoureux : la clause d'ameublissement opère-t-elle mutation ? Oui, au profit de la communauté. Donc il y a lieu à transcription.

Dans le cas où l'ameublissement est indéterminé, ceux qui refusent d'admettre le contrat de mariage à la publicité deviennent plus radicaux dans leur manière de raisonner. Suivant eux l'ameublissement indéterminé n'est pas translatif de propriété ; pour l'établir ils invoquent la nature même du droit acquis par la communauté et un passage de Pothier où l'ameublissement indéterminé est qualifié *droit de créance*.

L'argument historique n'a aucune valeur. On ne fait qu'abuser d'un mot sans relation rigoureuse avec la pensée de l'auteur qui, ailleurs, nomme ce droit de créance, *créance immobilière;* terminologie qui avait bien ses conséquences, que précisément le Code a rejetées en ne donnant au mari que le pouvoir d'hypothéquer les immeubles ameublis jusqu'à concurrence de l'ameublissement, tandis que Pothier déclarait que le mari pouvait aliéner tels des immeubles ameublis par la femme jusqu'à concurrence de la somme promise.

En ce qui touche la nature translative de l'ameublissement indéterminé contesté par quelques-uns, il importe de bien s'entendre et de ne rien exagérer. La propriété provisoire pourra bien rester sur la tête de la femme; mais ce qui est certain, c'est que la communauté, elle aussi, a acquis un droit, et ce droit qu'est-il autre chose qu'une propriété éventuelle emportant nécessité de transcrire? Et qu'on ne dise pas que notre solution frappe d'immobilité les biens de l'époux débiteur, lequel ne pourra rien vendre que sous réserve des droits de la communauté. Rien de plus facile que de parer à cet inconvénient; l'époux débiteur ne peut-il pas abandonner à la communauté certains immeubles pour libérer les autres? Ne peut-il pas encore vendre une partie de ces immeubles jusqu'à concurrence de la somme promise pour en verser le prix dans la communauté?

Dans le cas où l'ameublissement porte sur un ou plusieurs immeubles déterminés, mais avec limitation de somme, on discute sur un point qui n'a pas d'importance, eu égard à la transcription, puisque, quelle que soit la solution adoptée, la transcription est, logiquement, nécessaire. On n'est pas d'accord sur la nature du droit acquis dans ce cas par la communauté sur l'immeuble ou les immeubles. En devient-elle propriétaire pure et simple, propriétaire éventuelle ou copropriétaire? Cette question, on le voit, ne met pas en doute le caractère *réel* et *transcriptible* du droit transmis.

267. 5° La clause de séparation de dettes, toute seule, n'a aucune influence sur la transcription; mais, combinée avec la clause d'ameublissement déterminé sans limitation de somme, elle vient à l'appui de la doctrine par nous défendue, en rendant évident l'intérêt que la communauté a à transcrire.

6° Nous n'avons non plus rien de particulier à dire, en cette matière, de la réserve que peut faire la femme de reprendre son apport franc et quitte, au cas de renonciation à la communauté. (C. N. art. 1514.)

7° Ce qui se rattache au préciput conventionnel trouvera sa place quand nous supposerons le mariage dissous.

8° Les dispositions diverses par lesquelles il est assigné à

chacun des époux des parts inégales dans la communauté, si d'ailleurs le régime de la communauté légale n'est pas modifié, ne nous présentent aucun intérêt.

9° Les rares contrats de mariage qui établissent entre les époux une communauté universelle, contiennent en réalité un ameublissement universel et doivent par conséquent être transcrits.

10° Sous le régime exclusif de communauté, la même question exactement se reproduit, que celle déjà agitée à propos de la société d'acquêts. On n'a donc qu'à s'y reporter en remplaçant les mots : *la communauté*, quand ils ont été employés, par ceux-ci : *le mari*. En effet, sous ce régime, c'est au profit du mari et non plus de la communauté qu'est établi le droit d'usufruit dont il a été parlé.

11° Un contrat de mariage contenant une séparation de biens ne doit pas être transcrit.

12° Si les époux ont adopté le régime dotal, une distinction doit être faite, la constitution de dot est-elle universelle ou à titre universel, la transcription serait inutile. Le conflit ne pourrait s'élever qu'entre des créanciers de la femme, dont le titre serait antérieur au mariage, et le mari relativemeut à son droit d'usufruit. Or, dans la double hypothèse posée, le mari, usufruitier universel ou à titre universel, est, comme tel, garant des dettes de la femme.

Le contraire existe dans le cas où la dot est constituée à titre particulier. Le mari n'est alors tenu d'aucune garantie et la transcription du contrat de mariage aurait pour effet de mettre son droit d'usufruit à l'abri des poursuites des acquéreurs ou créanciers de la femme, qui n'auraient pas transcrit leurs titres ou inscrit leurs hypothèques avant le mariage.

268. Nous avons épuisé la liste des divers régimes matrimoniaux mentionnés par le Code Napoléon ; restent à étudier les règles de la transcription en ce qui touche le remploi.

On sait que la déclaration faite par le mari, dans l'acte d'achat d'un immeuble, que l'acquisition est faite des deniers provenant de l'immeuble vendu par sa femme, et pour lui servir de rem-

ploi, ne suffit pas, et que le remploi doit encore être accepté par elle.

L'acceptation de la femme peut être insérée dans l'acte même ; celle-ci est réputée alors acquérir directement du vendeur ; l'acte doit être transcrit, comme tombant sous l'application des principes de la vente pure et simple.

L'acceptation de la femme peut aussi n'être pas insérée dans l'acte de vente et n'être donnée que par un acte ultérieur. La vente, par rapport à la femme, est conditionnelle. Le mari peut déclarer dans l'acte acquérir *au nom et pour le compte de sa femme* sans acquérir pour lui-même, dans le cas où la femme n'accepterait pas le remploi, et sans se porter fort pour elle. De deux choses l'une, ou la femme n'accepte pas et le contrat tombe, il n'a jamais existé ; ou elle accepte, et alors elle tient la propriété directement du vendeur. Il en résulte que si, dans l'intervalle de la vente à l'acceptation, le mari a consenti des aliénations totales ou partielles de l'immeuble, elles tombent comme portant sur la chose d'autrui. De la femme au mari la transcription est donc inutile ; de la femme au vendeur il en est autrement, et il est du devoir du mari de faire transcrire immédiatement l'acte de vente sans attendre l'acceptation de sa femme. Il n'y a pas nécessité de transcrire l'acte d'acceptation.

Le mari peut encore acquérir en son nom, mais pour tenir lieu de remploi. On suppose toujours que l'acceptation n'est pas insérée dans la vente. Si la femme n'accepte pas le remploi, l'immeuble acquis reste la propriété du mari, ou plutôt de la communauté. Si elle accepte, une grave question se présente.

Quel acte ou quels actes devront être transcrits ? Sera-ce seulement l'acte de vente ou bien l'acte de vente et l'acte de ratification ?

Pour soutenir qu'il y a deux actes à transcrire, on raisonne ainsi : La déclaration d'emploi faite par le mari n'est qu'une offre, qu'il peut retirer tant qu'elle n'est pas acceptée par la femme. Dans l'intervalle, la condition de l'immeuble est déterminée d'une manière certaine, *il est conquêt de communauté tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas donné la qualité de*

propre. Ce sont les paroles de Tronchet, lors de la discussion de l'article 1435. Et s'il en était autrement, ajoute-t-on, la propriété restant en suspens jusqu'à l'acceptation de la femme, quelle atteinte n'en résulterait pas pour le crédit? Il y a ainsi deux aliénations: la première, du vendeur au mari; la seconde, du mari ou de la communauté à la femme; il doit donc y avoir transcription de l'un et de l'autre acte. — Cette doctrine est celle d'un très-grand nombre d'auteurs.

Pour soutenir, au contraire, qu'il n'est besoin que de transcrire le seul acte de vente, solution qui nous paraît être la vraie, on présente deux raisonnements très-différents.

Le premier reconnaît que la déclaration de remploi est une *offre* qui n'a d'effet que par l'acceptation de la femme et n'empêche pas le mari de disposer de l'immeuble jusqu'à l'acceptation. Si l'acceptation intervient avant qu'il en ait disposé, cette acceptation rétroagira au jour de la vente et résoudra les hypothèques légales ou judiciaires acquises sur l'immeuble du chef du mari. Dans les rapports du vendeur au mari, la vente, à défaut d'acceptation, est pure et simple; par rapport à la femme, elle est conditionnelle. Mais l'obligation du mari n'étant qu'éventuelle et subsidiaire à celle de la femme, la vente ne cesse pas d'être *une*. La transcription d'un seul acte, de l'acte originaire, est suffisante.

Si cette conclusion ne pouvait se justifier d'autre façon, nous aurions grand'peine à l'adopter, car nous ne comprenons point cette rétroactivité qui respecte les aliénations tout en anéantissant les hypothèques, non plus que cette vente dont le caractère dépendra des actes du mari.

Suivant nous, il faut attaquer hardiment le point de départ de la doctrine contraire, et dire que l'acceptation de la femme a un effet rétroactif qui la fait considérer comme propriétaire *ab initio* de l'immeuble acheté en remploi de son propre aliéné. L'objection tirée de ce que la propriété restant en suspens jusqu'à l'acceptation de la femme, constitue une atteinte au crédit, ne doit pas nous arrêter.

Il est clair que si le législateur en avait été touché, il aurait

été conduit à prohiber toute vente conditionnelle, car, dans chaque vente de cette nature, ce reproche pourrait tout aussi bien être mis en avant. — Le motif tiré des travaux préparatoires ne nous touche pas davantage. Les paroles un peu obscures de Tronchet, expression d'une opinion individuelle, paraissent n'avoir aucun trait au cas qui nous occupe, mais s'appliquer à un amendement proposé par Jollivet, pour permettre à la femme d'accepter le remploi même après la dissolution de la communauté. Et, d'ailleurs, ces paroles ne suffiraient pas pour nous amener à penser que le Code, sans raison, car il n'en existe aucune, et sans apparence, car plusieurs des articles de la section II, chap. 2, au titre du *Contrat de mariage* sont littéralement extraits de Pothier, a dérogé sur ce point aux traditions de l'ancien droit, formulées dans plusieurs passages de Pothier lui-même et de d'Aguesseau..... « En attendant le consentement de la femme, la déclaration faite par le mari par le contrat d'acquisition, que l'héritage est acquis pour tenir lieu de remploi des propres de la femme, *tient en suspens* l'état et la qualité de cet héritage. Si la femme ratifie et consent cette déclaration, les ratifications ayant un effet rétroactif, suivant la règle de droit, *ratihabitio mandato æquiparatur*, l'héritage sera censé avoir été, dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu du remploi de sa femme, et avoir toujours été, en conséquence, propre de communauté de la femme par subrogation. Si, au contraire, elle refuse d'accepter cet héritage pour son remploi, cet héritage sera conquêt (1). Conclusion : l'acte de vente au mari doit seul être transcrit.

B. — 269. Nous arrivons à l'influence de la loi du 23 mars 1855 sur les opérations qui suivent la dissolution du mariage, sur les prélèvements à exercer par les époux ou leurs héritiers. Pour ceux qui penseraient encore que les prélèvements sont exercés par les époux à titre de propriétaires, il est évident qu'il n'y

(1) POTHIER, *De la Communauté*, n° 200. Voir aussi d'AGUESSEAU (27e plaidoyer).

aurait pas lieu à transcription, puisque, chacun reprenant le sien, il n'existerait point de transmission. Mais la solution contraire qui considère les époux comme créanciers de leurs reprises a été consacrée par un arrêt célèbre rendu sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin (1).

Nous prenons pour base cette décision judiciaire, victorieuse et digne de l'être.

Il est deux points sur lesquels on ne discute pas : c'est que la transcription est nécessaire quand la femme renonçante exerce ses reprises soit sur la communauté, soit sur les immeubles du mari; dans les deux cas, la transmission de propriété est évidente.

Il est deux autres points où les opinions se partagent.

A. — La transcription est-elle nécessaire pour le prélèvement opéré par la femme acceptante? La Cour suprême appelée, en matière d'enregistrement, à apprécier la vraie nature de cette opération, l'a assimilée à un partage, parce qu'elle fait cesser l'indivision existant entre la femme et les héritiers de son mari (2). D'où on conclut naturellement à la dispense de transcription. — Il est permis d'hésiter quelque peu sur le mérite de cette décision ; ne peut-on pas dire d'abord que ce qui fait cesser l'indivision, c'est le partage ; que les prélèvements préparent, facilitent le partage, mais, enfin, n'en font point partie et n'ont pas avec lui d'effets juridiques communs. Puis, et c'est là le principal grief contre la solution exposée, n'importe-t-il pas au crédit que les tiers puissent connaître le transport de la propriété sur la tête de la femme et que, le cours des inscriptions du chef du mari étant arrêté, les ayant-cause de la femme sachent à quoi s'en tenir sur le crédit qu'elle mérite.

B. — Les prélèvements exercés par le mari doivent-ils être transcrits? On a enseigné l'affirmative, mais sans apporter aucun motif et sans réfuter la raison péremptoire qui empêche, dans un cas au moins, la transcription ; si la femme renonce, il ne peut pas être question des reprises du mari, puisque la commu-

(1) V. Dalloz, 1858, 1, 5.
(2) Dalloz, 1858, I, 310.

nauté lui appartient tout entière. Si la femme accepte, nous inclinerions à penser que la transcription est encore superflue, sans nous dissimuler que la première raison de doute exprimée dans l'examen de la question précédente reparaît ici tout entière.

270. Les principes qui régissent la publicité à donner à la résolution des contrats, qu'il ne faut pas confondre avec la renonciation par une partie à un droit découlant d'un contrat, peuvent se ramener à la distinction suivante. Si la résolution procède d'une cause inhérente au contrat, de l'absence d'un des éléments constitutifs, la transcription n'est pas nécessaire parce que le contrat n'est réputé n'avoir jamais existé, et les droits qui auraient été concédés en vertu de sa formation, sont anéantis. La loi n'exige même pas ici ce qu'elle exige avec raison pour les jugements, que la résolution soit au moins mentionnée en marge de l'acte transcrit et désormais résolu.

Au contraire, si la résolution procède d'une cause extrinsèque, *ex causa nova et voluntaria*, comme ses effets n'ont d'influence que sur l'avenir, qu'ils laissent debout ce qui a été fait dans le passé; il existe une véritable transmission par rétrocession, la résolution doit être transcrite ; et cela sans distinguer si la formalité a été ou non remplie pour l'acte résolu.

271. Nous arrivons à la transcription des actes administratifs. Une discussion, de celles où les dissidents ne cèdent que rarement, s'est élevée sur ce point important. Ramenée à ses termes les plus généraux, la question est celle-ci : l'État, les départements, les communes, les établissements publics, sont-ils régis dans leurs transactions privées par les mêmes principes que les particuliers ; les actes par eux passés sont-ils soumis à la loi sur la transcription ?

Les raisons juridiques invoquées par ceux qui soutiennent la négative, sont d'une telle faiblesse, qu'on peut dire que l'évidence bannit le doute, et que, si la controverse est née, c'est que la question met en jeu des principes et des considérations étrangers à notre science. Chacune de ces raisons porte avec elle sa réfutation.

D'abord, dit-on, l'esprit de la loi s'oppose à la transcription des actes administratifs ; les commissaires du gouvernement ont déclaré au Sénat que la pensée de la loi du 23 mars 1855 n'avait pas été de soumettre ces actes, translatifs de propriété immobilière, à la formalité nouvelle. — Cette opinion est toute individuelle, et ne s'est pas produite devant l'Assemblée compétente. Aucune réserve de ce genre ne fut exprimée par qui que ce soit au Corps législatif, et, ce qui est de décision, le texte de la loi ne porte à ce sujet aucune exception.

On invoque l'ancien droit et la législation révolutionnaire. Dans les pays de nantissement, les actes du prince étaient dispensés de cette formalité et entraînaient par eux-mêmes la translation de la propriété. — Est-il besoin de dire que l'analogie est nulle et que le nantissement, institution de sûreté féodale, se sépare de la transcription, voie de crédit public ?

Un décret du 13 avril 1791 avait exempté de la transcription les ventes des biens de la nation. — C'était là une disposition exceptionnelle et transitoire qui n'avait qu'un but, Dieu merci inexistant aujourd'hui, celui de faciliter la vente prompte des biens nationaux.

La transcription est un acte de méfiance ; il est impossible que l'État vende deux fois le même immeuble.—L'État ne le fera point de mauvaise foi ; mais on accordera qu'il peut fort bien le faire par erreur.

Si l'acquéreur est évincé, sa situation n'en est pas moins assurée ; en l'absence de toute transcription, il aura son recours contre l'État, dont la solvabilité est certaine. — L'argument est étrange : eh ! c'est l'éviction elle-même, l'éviction avec indemnité qu'il s'agit de prévenir et de rendre impossible; recevoir un prix ou conserver l'immeuble sont deux avantages fort différents.

Enfin, dit-on pour finir, l'administration a seule le droit d'interpréter ses actes ; les soumettre à la transcription et aux conséquences qu'elle entraîne, ce serait empiéter illégalement sur les attributions administratives au profit des tribunaux ordi-

naires (1).—Il ne s'agira jamais d'interprétation des actes, mais de savoir si tel acquéreur doit être préféré à tel autre.

272. En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'impossibilité de concilier sur plusieurs points importants la loi du 23 mars 1855 avec la loi du 3 mai 1841 a fait naître deux systèmes radicaux : l'un qui soutient que la loi de 1841 n'a été en rien modifiée par la loi nouvelle; l'autre qui tient, au contraire, que les principes de la transcription doivent s'appliquer à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette grave question a été largement discutée par MM. Mourlon (2) et Cabantous (3). Nous entrerons dans le débat en prenant une espèce particulière d'une grande importance pratique qu'on devra résoudre différemment suivant le parti qu'on aura pris dans la question générale.

Faisons d'abord connaître les textes sur lesquels repose la question.

L'article 6 de la loi du 23 mars 1855 décide qu'à partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire... Le même texte abroge formellement les art. 834 et 835 du Code de procédure, mais ne dit rien des art. 17 et 18 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, lesquels sont ainsi conçus :

Art. 16.—« Le jugement (qui prononce l'expropriation) sera immédiatement après l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 15 de la présente loi, transcrit au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement, conformément à l'art. 2181 du Code civil. »

Art. 17. — « *Dans la quinzaine de la transcription*, les priviléges et les hypothèques conventionnelles, judiciaires ou légales, seront inscrits.—A défaut d'inscription *dans ce délai*, l'immeuble

(1) V. Troplong, *de la Transcription*, n° 80, et M. Cabantous, *Revue critique*, 1855, t. VII, p. 92.

(2) *Traité théorique et pratique de la Transcription*, n° 88.

(3) *Revue critique*, t. VII, p. 94.

exproprié sera affranchi de tous priviléges et hypothèques, de quelque nature qu'ils soient, sans préjudice des droits des femmes, mineurs et interdits, sur le montant de l'indemnité, tant qu'elle n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été réglé définitivement entre les créanciers. — Les créanciers inscrits n'auront, dans aucun cas, le droit de surenchérir, mais ils pourront exiger que l'indemnité soit fixée conformément au titre IV. »

Art. 18. — « Les actions en résolution, en revendication, et toutes autres actions réelles, ne pourront arrêter l'expropriation ni en empêcher l'effet. Le droit des réclamants sera transporté sur le prix, et l'immeuble en demeurera affranchi. »

Ces textes contradictoires connus, prenons une hypothèse.

Pierre est propriétaire d'un immeuble, lequel est exproprié par jugement rendu le 15 novembre 1863, et transcrit le 20.

Le 30, Primus, créancier de Pierre en vertu de jugement, prend inscription pour une somme de 50,000 fr.

En vertu d'un autre jugement rendu le 1er novembre, Secundus, créancier chirographaire pour une pareille somme, fait une saisie-arrêt sur l'indemnité fixée par le jury d'expropriation à 50,000 fr.

On voit quels seront les prétentions des deux créanciers.

Primus soutiendra de par l'article 17 de la loi du 3 mai 1841, que son inscription prise dans le délai imposé par cet article, est valable et lui donne droit au prix tout entier.

Secundus, s'armant du texte de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui pose la transcription comme terme suprême après lequel aucune inscription ne peut être prise, demande la nullité de celle qui lui est opposée par Primus et prétend avoir droit au marc le franc.

En d'autres termes, Primus soutient que l'article 17 de la loi du 3 mai 1841 est encore vivant. Secundus veut qu'il ait été implicitement abrogé par l'article 6 de la loi du 23 mars 1855.

Lequel des deux systèmes faut-il suivre ?

A. — 273. Le créancier hypothécaire Primus, pour combattre la prétendue abrogation qu'on lui oppose, invoque des considérations d'ordre divers.

1° Jamais, dit-il tout d'abord, une abrogation ne peut résulter d'une loi générale, quand il existe une loi spéciale. La loi de 1855 est générale, la loi de 1841 est spéciale; la seconde est une exception que le législateur de 1855 a laissé subsister contre la loi qu'il édictait.

2° Ce point ressort des travaux et discussions préparatoires où nulle part il n'est question de cet article 17 de la loi de 1841. Il est certain qu'en 1855 cet article avait force de loi, il est certain que le texte ne le mentionne même pas, il est certain que les rédacteurs de la loi de 1855 n'ont pas même songé à cet article. Il n'a donc pu être abrogé.

3° Dans le système de l'abrogation, on est obligé de relier l'article 17 de la loi de 1841 aux articles 834 et 835, Code de procédure, par un lien d'étroite connexité. Or, les différences profondes qui séparent ces textes établissent qu'ils sont indépendants, et que l'un n'est pas la conséquence de l'autre.

En effet, les articles 834 et 835 ne comprennent que les hypothèques judiciaires et conventionnelles. — L'article 17 étend ses dispositions aux hypothèques légales.

Seconde différence.— Les articles 834 et 835 donnent aux créanciers la faculté de surenchérir. — L'article 17 leur retire ce droit.

Troisième différence. — Les articles 834 et 835 réservaient le droit résolutoire du vendeur. — L'article 18 de la loi de 1841 anéantit tous les droits de celui-ci.

4° Quant au texte de l'article 8 de la loi de 1855, le créancier inscrit répond qu'il ne saurait être appliqué au cas d'expropriation, qu'il a été rédigé exclusivement en vue des actes énumérés dans les articles 1 et 2 de la loi, et que dans cette énumération il est impossible de faire rentrer un jugement prononçant l'expropriation pour cause d'utilité publique.

5° Enfin, ajoute-t-on, le maintien de l'article 17 de la loi de 1841 est évident, si l'on songe au but que s'est proposé le législateur de 1855. N'était-ce pas, comme il l'a maintes fois proclamé, d'assurer la propriété entre les mains de l'acquéreur vis-à-vis du tiers? Or, cet objet ne peut en rien se présenter dans le

cas d'expropriation, puisque, par le jugement seul, la propriété est transférée à l'administration ou, si l'on veut, à l'État, et que la seule chose qui reste c'est l'indemnité allouée à qui de droit.

Tels sont les motifs mis en avant par le créancier inscrit, pour soutenir la validité de son inscription de par la loi de 1841, respectée, suivant lui, dans toutes ses dispositions par la loi de 1855. Ces motifs sont à coup sûr fort graves, ils peuvent entraîner les meilleurs esprits, et pourtant, si nous ne nous trompons, la solution qu'ils étayent ne doit pas être suivie. On doit dire au contraire, suivant nous, que la loi de 1841, dans la disposition de son article 17, a été abrogée par l'article 6 de la loi de 1855, et que, par conséquent, le créancier inscrit verra tomber son hypothèque et partagera au marc le franc avec le créancier chirographaire auquel il est assimilé.

B. — 274. Reprenons un à un les arguments que nous venons de formuler ; voyons s'ils ne portent pas avec eux leur propre réfutation, et si quelques-uns même ne contiennent pas une raison favorable au système qui demande le marc le franc.

1° Et d'abord, dit le créancier inscrit, une abrogation ne peut jamais résulter d'une loi générale quand il existe une loi spéciale qui déroge à la première. Cette proposition ainsi formulée ne souffre aucune contestation, mais ne prouve rien dans l'espèce. Ce qu'il s'agit de reconnaître, c'est si, quand une loi spéciale découle d'un principe général et que ce principe général est anéanti formellement, la loi spéciale, qui en était la conséquence, ne doit pas du même coup tomber avec lui. Voilà la règle vraie et applicable, tandis que celle qu'invoque le parti contraire est vraie mais n'est point applicable :

2° L'argument tiré du silence des travaux préparatoires sur l'article 17 de la loi de 1841, n'a aucune valeur et n'est qu'une pétition de principe. Il porterait, s'il était vrai que cet article est entièrement indépendant des articles 834 et 835 du Code de procédure, et c'est précisément ce qui est en question. Que si, au contraire, il n'est qu'une conséquence du principe général énoncé dans ces derniers textes, il est certain que l'abrogation

formelle qui en a été prononcée entraîne fatalement, et sans qu'il soit besoin de mention spéciale, toutes les conséquences logiques, parmi lesquelles se trouve précisément la solution que nous proposons.

Écartons donc cet argument tiré des travaux préparatoires.

3° Mais, dit-on, ces contrastes nombreux et profonds qui séparent les dispositions du Code de procédure (articles 834 et 835) de la loi du 3 mai 1841, excluent toute idée de connexité, tout lien possible, et surtout un lien aussi étroit que celui qui unit le principe à sa conséquence.

Sans doute, répondons-nous, sans doute les différences signalées sont profondes, mais elles portent sur des points qui peuvent être importants en pratique sans former l'objet principal de l'une ou de l'autre loi. Ces différences graves, mais nécessaires par leur nature même, s'expliquent par le caractère spécial de la matière réglementée par la loi du 3 mai 1841.

Ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est l'objet principal des deux textes. Or, cet objet principal c'est l'inscription, ses conditions de validité, le délai dans lequel elle peut être requise par les créanciers du vendeur. Là-dessus le Code de procédure civile et la loi du 3 mai 1841 sont identiques dans leurs dispositions. Selon nous une différence apportée dans le délai pour inscrire ne suffirait pas pour établir que l'article 17 de la loi sur l'expropriation n'est pas une application du principe contenu dans les articles 834 et 835 ; mais cette différence hypothétique n'existe pas; le lien qui unit les deux dispositions fondamentales reste donc direct et apparent.

4° L'argument qui consiste à dire que l'article 6 de la loi de 1855 a été rédigé exclusivement en vue des actes énumérés dans les articles 1 et 2, et que, dans l'énumération qu'ils contiennent, il est impossible de faire rentrer un jugement d'expropriation, cet argument pas plus que les autres ne mérite d'être accueilli. Les actes, quels qu'ils soient, ont une valeur absolue et une valeur relative, qui souvent se confondent, mais qui parfois peuvent se différencier. Oui, un jugement d'expropriation n'est pas, à proprement parler et vis-à-vis de tous, une vente ; mais,

d'un autre côté, il a, vis-à-vis des créanciers inscrits sur l'immeuble exproprié, les effets d'une vente; l'indemnité constitue un véritable prix qui doit leur être distribué selon les règles du droit commun; et, par exemple, le débiteur exproprié ne serait pas admis, dans le but de maintenir les délais d'exigibilité des créances, à offrir une autre hypothèque en remplacement de celle qui frappait l'immeuble (1).

5° Le dernier motif invoqué par la doctrine contraire n'est pas d'un plus grand poids. Il est certainement d'intérêt public que l'administration puisse, au moment où l'immeuble entre dans ses mains, non sans une large publicité préalable, puisse rendre impossible l'établissement futur de droits réels sur cet immeuble, surtout quand on songe que ces droits ne peuvent être que la conséquence d'un droit de propriété qui, lui-même, est éteint. Un argument d'analogie tiré de la législation intermédiaire vient prêter au système que nous adoptons un nouvel appui: d'après la loi du 28 octobre 1791, les baux passés par les administrateurs des biens nationaux emportaient une hypothèque générale. C'était là un effet commun à tout acte authentique; mais cette dernière règle ayant été abrogée, l'hypothèque générale résultant de la loi spéciale susdatée tomba du même coup; et suivant l'opinion de nos adversaires la disposition spéciale aurait dû rester debout après la loi générale postérieure.

SECTION CINQUIÈME.

DES ACTES DE RENONCIATION.

275. D'après la loi du 23 mars 1855 doivent être transcrits:

1° Tout acte portant renonciation à un droit de propriété immobilière ou à des droits réels susceptibles d'hypothèque (art. 1, § 2).

2° Tout acte portant renonciation à un droit d'antichrèse, de servitude, d'usage ou d'habitation (art. 2, § 2).

(1) Paris, 13 février 1828. DEVILL., 58. 2. 169.

La généralité des termes de la loi semble écarter toute controverse; mais cette généralité, qui fait tache même parmi les autres vices de rédaction de la loi, est absolument inacceptable.

Il est certain que *tous les actes portant renonciation* aux droits susénumérés ne doivent pas être transcrits.

Il s'agit donc de démêler ceux qui échappent à la publicité. Dès le commencement de cette recherche, les représentants les plus autorisés de la doctrine se sont jetés dans des questions, sinon des querelles de mots, qui les ont empêchés de s'entendre entre eux et dont l'existence a nui au clair et prompt dégagement des vrais principes.

276. On a d'abord distingué entre les renonciations abdicatives ou extinctives, et les renonciations translatives; on a soumis les dernières seulement à la publicité.

Une autre distinction a été proposée. — On a fait une classe de toutes les renonciations transmissives, extinctives, bilatérales ou unilatérales, et on leur a appliqué la loi de 1855, en ne laissant en dehors, comme seconde branche de la distinction, les simples refus d'acquérir, et les reconnaissances du droit d'autrui. — Or, ce sont précisément ces dernières renonciations que la précédente terminologie appelle extinctives ou abdicatives, et qu'elle exempte de la transcription.

Ce qui ressort de ces classifications diverses, mais surtout des principes et de l'esprit de la loi, sinon de son texte, c'est que les renonciations à titre gratuit ou à titre onéreux, faites entre-vifs et emportant mutation de propriété entre-vifs, doivent être transcrites.

De la nécessité que l'acte soit entre-vifs, il résulte que les renonciations à une succession, à un legs par le légataire, sont dispensées de la transcription.

De la nécessité que la renonciation emporte mutation, il résulte que toute renonciation faite avant acceptation du droit répudié, considérée comme simple refus d'acquérir, ne doit pas être transcrite; mais, en même temps, que toute renonciation faite après acceptation est soumise à la publicité. Ainsi, l'usufruitier qui renonce au droit d'usufruit qu'il exerce, doit tran-

scrire, mais le légataire d'un usufruit qui renonce à ce droit simplement ouvert par le testament, est affranchi de ce devoir.

SECTION SIXIÈME.

DES BAUX ET DES ACTES PORTANT QUITTANCE OU CESSION DE FERMAGES.

277. Nous avons rejeté ce qui est relatif à la transcription des baux après l'examen général, et aussi approfondi que nous le permettait la nature de notre travail, des droits transmis et des actes translatifs de ces droits, et même après l'étude des renonciations en général. Arrivés là, il semble que notre énumération doit être terminée; la méthode rigoureuse paraît l'exiger, puisque nous avons suivi l'acte translatif dans les diverses formes qu'il peut revêtir et jusqu'après son anéantissement juridique.

Il est cependant une classe d'actes dont nous ne pouvons nous dispenser de parler, et si nous les séparons des autres, c'est avec connaissance de cause et avec l'intention de suivre en ceci, quoique de bien loin, les exemples et les préceptes de méthode que nous avons vu et entendu appliquer à l'étude de notre droit civil tout entier.

Nous plaçons l'exposition des règles concernant la transcription des baux après ce que nous avons dit des autres actes et avant ce que nous dirons des jugements, par ce motif que presque rien de ce qui est vrai des uns et des autres ne continue d'être vrai en ce qui concerne les baux.

278. Les différences qui les séparent des jugements sont évidentes, et y insister serait perdre du temps, chose au moins inutile.

Les différences qui existent entre les baux et les autres actes, dans leurs rapports avec la transcription, sont aussi très-profondes.

Le droit transmis par le bailleur au preneur ne rentre dans aucune des classes de droits, dont la loi de 1855 soumet l'alié-

nation à la publicité. Ce droit n'est pas un démembrement de la propriété. Ce n'est pas non plus un droit réel. — Nous n'ignorons pas que ce point a été vivement contesté et qu'on a soutenu tantôt que le droit du preneur est un *jus in re* ordinaire (1), tantôt qu'il est un droit réel *sui generis* et limité dans ses effets (2). Sans entreprendre la réfutation de ce système déjà bien difficile à admettre sous le Code Napoléon, nous dirons, sans exagérer l'autorité doctrinale des travaux préparatoires de la loi du 23 mars 1855, que depuis cette loi et les déclarations du législateur qui l'a créée, la *réalité* du droit du preneur ne peut plus se soutenir: « Nous ne nous sommes pas dissimulé, dit le rapporteur de la loi, que la publicité donnée aux baux et aux quittances de loyers, était une invasion faite dans le domaine des *droits personnels*. » Le motif qui a poussé le législateur à édicter cette prescription exceptionnelle et contraire aux autres principes qui dominent la loi, se trouve dans ces autres paroles du même rapporteur, M. de Belleyme : « Pour faire atteindre à la loi complétement son but, qui est de révéler d'une manière utile et pratique l'état vénal de la propriété, il faut aller plus loin et assujettir à la transcription tous les actes qui, *sans constituer des droits réels*, imposent cependant à la propriété des charges qui sont de nature à en altérer sensiblement la valeur. »

Après de longues hésitations et controverses sur le terme à fixer aux baux qu'on devait soumettre à la publicité, on s'est arrêté à la formule suivante :

Art. 2. — Sont également transcrits :

5° Les baux d'une durée de plus de dix-huit ans.

Les baux soumis à la publicité sont donc ceux qui excèdent dix-huit années, et, selon nous, cette disposition doit s'appliquer au bail à colonage partiaire (art. 1763 et 1711, C. N.).

279. Deux points appellent ici l'attention : le renouvellement et la cession du bail.

(1) Troplong, *Du Louage*, nos 4 et 489 ; *De la Vente*, n° 321.

(2) Belime, *Traité de la Possession*, n° 309; Fréminville, *Traité de la Minorité*, n° 528.

En ce qui touche le renouvellement, une question difficile a été soulevée et débattue. On écarte le cas de fraude, et on se demande si des baux successivement renouvelés pour une période ne dépassant pas dix-huit années sont soumis à la transcription ?

Pour l'affirmative, on dit: le *renouvellement* d'un bail supposant nécessairement le même objet, la présence des mêmes contractants et les mêmes rapports entre eux, il faut en conclure que les deux parties du bail considérées dans le temps, la partie écoulée et la partie à venir, se réunissent pour ne former qu'un seul tout, qu'un seul bail ; et c'est ce bail dont il faut considérer la durée. Si elle excède dix-huit années, la transcription devient nécessaire.

Pour justifier le sens que l'on attache au mot *renouvellement*, cette opinion invoque comme analogie la même acception donnée à ce mot dans le cas du *renouvellement* d'un billet souscrit, dans le cas du *renouvellement* d'une inscription hypothécaire qui, d'après la Cour de cassation (1), « n'a d'autre objet que de proroger l'effet de l'inscription primitive et ne forme avec elle qu'une seule et même inscription. « Qui dit *renouvellement* ne dit pas novation. On ne s'en tient pas là, et, dit-on, en supposant vrai, que le bail primordial et son renouvellement constituent deux baux successifs, la solution devrait rester la même ; il y aurait lieu de transcrire, alors même que les parties auraient expressément déclaré par une clause de renouvellement, qu'elles entendaient non point proroger le bail courant, mais en faire un nouveau destiné à le remplacer quand il finira.

A l'appui de cette solution extrême, on invoque l'esprit de la loi, favorable à l'intérêt des tiers que la publicité protège, et son texte; qu'il soit bien remarqué, en effet, que les termes employés par le législateur ne s'opposent pas à ce que, pour composer la période de temps suffisante, on additionne la durée particulière de plusieurs baux séparés : la loi ne dit pas que

(1) Arrêt du 14 juin 1831.

que *tout bail* excédant dix-huit années sera transcrit; elle emploie un tour plus général : « Seront transcrits *les baux* d'une durée de plus de dix-huit années. »

Ce système nous paraît erroné, et nous croyons, au contraire, que les baux renouvelés, sauf toujours la question de fraude, ne doivent pas être réunis au bail primordial pour composer la période de temps nécessaire à la transcription. Prenons la première partie du système à combattre, celle où on s'efforce de prouver que le premier bail et le renouvellement qui en est fait ne constituent qu'un seul tout.

On a, dit-on, les mêmes parties, les mêmes rapports de droit, et le même objet. Mais si l'on n'a pas les mêmes parties, si le *renouvellement* du bail est consenti à un nouveau preneur? Dans ce cas, on reconnaît qu'il y a deux contrats et qu'ils ne peuvent être réunis pour former un seul contrat transcriptible. Or, nous le demandons, est-il une raison, soit dans l'intérêt des tiers, soit vis-à-vis des parties, de faire au bailleur des conditions différentes suivant qu'il traitera avec le même preneur ou avec une autre personne?

Les analogies tirées du sens donné aux mots *renouvellement* d'un billet souscrit, *renouvellement* d'une inscription hypothécaire, sont tout à fait vicieuses, d'abord parce que le billet, l'inscription hypothécaire, ne sont, l'un que la forme extérieure, l'autre que l'accessoire d'une obligation une et indivisible, à l'existence de laquelle ils sont liés intimement, quoiqu'ils soient réglementés par des dispositions qui leur sont spéciales. Mais ici qu'avons-nous? Un premier bail, objet principal, ayant une existence propre et indépendante, dont la fin est d'avance marquée, et un autre bail renouvelé ayant les mêmes caractères juridiques que le précédent. Le motif de fusion qui existe dans les cas rapportés, est absent dans celui qui nous occupe. Ajoutons que si, à l'expiration du bail, le preneur conserve la possession, « *il s'opère un nouveau bail* dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit; » si une caution a été donnée pour un bail, « elle ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation. » C'est le Code Napoléon qui parle

ainsi (art. 1738 et 1740), et qui se charge de prouver que ce n'est pas le même bail qui se continue.

Mais on concède ce point; on consent à voir dans un bail primordial et dans un bail renouvelé deux locations distinctes. N'importe il faut les réunir pour en calculer la durée relativement à la transcription; et l'on s'appuie, comme on l'a vu, sur l'esprit de la loi et sur son texte.

L'esprit de la loi est sans doute de protéger les tiers, mais ils le sont déjà par la faculté qu'ils ont de faire tomber le bail en prouvant, même par présomption, la fraude, si elle existe. Il ne suffit pas d'invoquer la tendance générale d'une loi pour en faire un argument décisif dans une hypothèse aussi spéciale que la nôtre; et si, l'intention qu'on prête au législateur peu prévoyant, nous le reconnaissons, eût existé dans son esprit, nous en trouverions la trace dans les travaux préparatoires. On l'y chercherait en vain.

L'objection de texte n'a pas été réfutée que nous sachions. La loi emploie le pluriel: « seront transcrits *les baux* d'une durée de plus de dix-huit années, » donc elle ne s'oppose pas à ce que pour le comput de la durée on réunisse plusieurs baux. Qui ne voit que ce pluriel a une portée toute différente de celle qu'on lui attribue. En se servant de ce tour, la loi n'a pas eu en vue plusieurs baux de même nature qu'on pourrait masser en bloc, elle a voulu soumettre indistinctement à la transcription les baux d'espèces différentes, tels que bail à loyer, le bail à ferme, le colonage partiaire. Voilà le vrai sens du texte.

280. La sous-location et la cession d'un bail excédant dix-huit années, qui, a lui-même été transcrit, ne sont pas soumises à la transcription, d'abord parce que le texte, ne parlant que des baux, s'y oppose; ensuite parce qu'il est en général indifférent pour les tiers, dès qu'ils sont avertis par la transcription de l'existence du bail, que ce soit le cédant, le cessionnaire ou le sous-locataire qui ait le droit de jouir de l'immeuble; mais surtout parce que la nature du droit transmis est exclusif de la transcription; cela est d'évidence, si on le considère comme

purement personnel, et cela n'est pas moins certain si l'on veut que ce soit un droit réel, car ce droit, dans tous les cas, n'est pas susceptible d'hypothèque. Mais il faut remarquer qu'il en serait autrement si, dans l'acte de cession du bail, le propriétaire intervenait pour accepter le cessionnaire au lieu et place du cédant. En effet, il y aurait là un nouveau bail qui rendrait une nouvelle transcription nécessaire, s'il restait plus de dix-huit ans à courir.

281. La loi exige la transcription des actes portant quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus, quelle que soit la durée du bail et fût-elle inférieure à dix-huit années. Cette disposition est des plus sages, car de tels actes naissent presque toujours du désir de faire fraude aux droits des tiers qui, par cela même, ont le plus grand intérêt à les connaître. La publicité donnée à ces quittances ou cessions les rend bien opposables aux tiers, mais ne paralyse point, dans la main de ces derniers, l'action qui résulte pour eux de l'article 1167 du Code Napoléon. De même, il faut remarquer que les cessions de fermages régis par la loi de 1855 le sont encore par l'article 1690 et sont ainsi soumises à une double publicité : la transcription en faveur de l'acquéreur de l'immeuble donné à bail ou du créancier hypothécaire inscrit sur cet immeuble, et la notification en faveur des autres ayants-cause du cédant.

SECTION SEPTIÈME.

DES ACTES JUDICIAIRES.

282. Les actes juridiques, de même que les autres actions humaines, procèdent de deux principes souvent opposés entre eux, la liberté et l'autorité ; ceux qui découlent de la première source sont dits : actes conventionnels ; nous nous en sommes jusqu'ici occupés. Ceux qui ont pour cause, non pas la volonté individuelle, mais l'autorité chargée d'appliquer les lois, sont appelés

actes judiciaires. Nous avons à les étudier dans leurs rapports avec la loi de publicité.

Les actes judiciaires les plus importants sont les décisions rendues en présence de deux prétentions contraires, les jugements.

Aux termes de la loi de 1855 doivent être transcrits :

1° Tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale translative de propriété immobilière, de droits réels susceptibles d'hypothèque ou constitutive de droits d'antichrèse, de servitude d'usage et d'habitation ;

2° Tout jugement qui déclare l'existence d'un acte portant renonciation à ces mêmes droits (art. 1, § 3°, art. 2, § 3°) ;

3° Tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant ;

4° Tout jugement ou autre acte constatant, même pour bail d'une durée de moins de dix-huit années, quittance oucession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus (art. 2, § 5) ;

Enfin, la première partie de l'art. 4 est ainsi conçue : « Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit dans le mois, à partir du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, *être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre.*

283. Ces prescriptions édictées en des termes qui ont attiré au législateur les plus amères critiques (1), doivent être considérées comme contraires aux principes qui dominent la loi de 1855. Les jugements ne sont en effet ni translatifs ni attributifs, mais seulement déclaratifs, et à ce titre ils auraient dû ne pas être soumis à un régime propre aux actes de la première classe. On a dit que ce n'étaient point là, à proprement parler, des exceptions, parce que les jugements ci-dessus énumérés ont le caractère translatif, et devaient tomber naturellement sous l'ap-

(1) V. Mourlon, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, n°s 183 et sq.; et les observations plus indulgentes de M. Flandin, *De la Transcription*, § 542 et suiv.

plication de la loi faite pour les actes translatifs. Sans donner à ce point tout théorique une importance exagérée, nous ne pouvons nous empêcher de protester très-humblement, en ce qui nous concerne, contre cette manière de voir. Non, les jugements énumérés dans les articles 1, 2 et 4 de la loi de 1855, si l'on en excepte les jugements d'adjudication, n'ont pas le caractère translatif. Ils ne transfèrent aucun droit, ils *déclarent l'existence* d'un acte translatif ou attributif, et si la transcription les atteint elle ne les atteint qu'indirectement : le véritable objet de la transcription est, ou bien l'acte conventionnel écrit qui avant le jugement était contesté, mais qui depuis est réputé avoir existé avec tous ses effets du jour de sa formation, ou bien la convention verbale non transcriptible qui, par la constatation authenthentique qui en est faite, prend un corps et peut ainsi être transcrite sur le registre à ce destiné.

284. Trois sortes de jugements sont à examiner :

1° Les jugements déclaratifs de l'existence d'un acte ou d'une convention verbale qui, si elle eût été écrite, aurait dû être transcrite ;

2° Les jugements d'adjudication ;

3° Les jugements prononçant résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit.

I. —285. La première observation à faire est que la transcription d'un jugement n'est nécessaire qu'autant que l'acte dont il constate l'existence n'est pas un acte écrit ; s'il en était autrement, la formalité cesserait d'être applicable au jugement, et ce serait l'acte lui-même qui devrait être transcrit.

Une controverse relative à la transcription des jugements d'expropriation a été examinée en détail dans la section consacrée aux actes administratifs. Le même doute s'est élevé à propos d'autres actes judiciaires qui, sans être précisément des jugements, ont avec eux certains points de ressemblance. On soumet en général à la transcription les actes de cette classe, d'où résulte une obligation de nature à être transcrite ; et parmi eux on range le procès-verbal de conciliation que le juge de

paix fait dresser après comparution des parties sur citation, et la décision qui donne acte à une partie de la reconnaissance passée par l'autre partie, du droit prétendu ou revendiqué. Ce dernier acte, d'ailleurs et quoi qu'on en ait dit, doit être considéré comme un véritable jugement. Il faut en dire autant des sentences arbitrales, lesquelles peuvent être présentées à la transcription même avant d'être revêtues de la formule de l'*exequatur*.

Le mot *jugement* employé par la loi doit être entendu dans le sens le plus large, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la décision a été rendue contradictoirement ou par défaut, en premier ou en dernier ressort. D'où cette conséquence évidente que la loi s'applique aux arrêts des Cours impériales. Ici toutefois une remarque est à faire : on suppose que le jugement de première instance a été transcrit. L'arrêt l'infirme-t-il, en niant l'existence de la convention affirmée par le premier juge, la transcription est non avenue, et l'arrêt doit être mentionné en marge du jugement transcrit. L'arrêt est-il purement et simplement confirmatif, la transcription peut en être souvent utile, mais elle n'est pas obligatoire. Si, tout en étant confirmative, la décision du juge d'appel modifiait le jugement en premier ressort sur un point qui intéressât les tiers, il faudrait la faire transcrire.

II. — 286. Les jugements d'adjudication ont une nature toute particulière. D'une part ils appartiennent à la juridiction volontaire, d'autre part ils sont vraiment translatifs et font l'office d'un acte de vente. Ils doivent être transcrits.

Au contraire, les jugements rendus sur licitation, simplement déclaratifs, sont assimilés aux partages et comme eux affranchis de la transcription, mais à une condition, c'est qu'ils fassent cesser complétement l'indivision. Ce principe incontesté, d'une application facile, a éloigné de ce point la controverse.

Il n'en est pas de même des jugements d'adjudication. Le texte de la loi relatif à cette matière est beaucoup trop général ; il faut l'interpréter, presque l'amender, ou du moins le tempérer en le combinant avec d'autres dispositions de la loi.

Est-il vrai que *tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant doive être transcrit?* Oui, si l'on ne cherche la réponse que dans le § 4 de l'article 1. Non, si on se préoccupe de la condition exigée par le § 1 du même article : à savoir que l'acte soit translatif. C'est à ce dernier parti qu'il faut s'arrêter. La vraie réponse à notre question est dans une distinction : tout jugement d'adjudication translatif est soumis à la transcription; tout jugement d'adjudication non translatif en est dispensé.

Ainsi l'acquéreur ou le donataire d'un immeuble hypothéqué, poursuivi en délaissement, purge ou paiement, qui, dans le cas de surenchère, reste adjudicataire de l'immeuble, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication.

Il faut en dire autant du légataire. On a donné de cela deux raisons. La première consiste à dire que la transcription du jugement d'adjudication serait inutile, le contrat générateur du droit ayant lui-même été transcrit, soit en vertu de la loi nouvelle, soit sous le Code Napoléon en vertu de l'article 2181; on rapproche de ce dernier texte l'article 2189 qui porte que, « l'acquéreur ou le donataire qui conserve l'immeuble mis aux enchères, en se rendant dernier enchérisseur, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. » — Tout en reconnaissant que la loi de 1855 n'a pas dérogé à l'article 2189, nous avouons ne pas trouver ce premier motif satisfaisant: d'abord, parce que la transcription de l'article 2181, premier acte de la purge, est une formalité différente, quant à la généralité de son but, de la transcription nouvelle; ensuite parce que l'inutilité de la transcription du jugement tirée de ce que le contrat générateur du droit a lui-même été transcrit, n'existe pas dans le cas où le détenteur est un légataire, son titre étant dispensé de la publicité.

La vraie raison de dispense de transcription de ces jugements doit, selon nous, être cherchée dans l'article 1er de la loi de 1855 : ce ne sont point des actes translatifs ; ils confirment sur la tête de l'acquéreur, donataire ou légataire, un droit qui y était déjà. Cette raison est applicable aux jugements d'adjudica-

tion rendus au profit du tiers détenteur, après délaissement comme après saisie immobilière.

Mais, par un *à contrario* invincible, il faudrait décider que tous ces jugements devraient être transcrits, si c'était un autre que le tiers détenteur qui se rendît adjudicataire.

287. Une question plus grave et plus difficile a été soulevée : on s'est demandé si l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire des biens de la succession doit faire transcrire le jugement d'adjudication ?

Toute la difficulté est de reconnaître si, dans ce cas, le jugement est ou n'est pas translatif ; car on ne doit pas s'arrêter à l'argument de texte tiré de la généralité du § 4 de l'article 1. Ici, comme précédemment, on doit, pour rester dans le vrai, combiner ce § 4 avec le § 1 du même article.

Le jugement d'adjudication rendu au profit de l'héritier bénéficiaire est translatif, dit-on, et, en effet, la déclaration passée par l'héritier, qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire, écarte de lui tout droit de propriété. Ce droit, qui appartenait au *de cujus* pendant sa vie, reste à sa succession représentante fictive de son individualité juridique ; il ne passe point à l'héritier qui refuse, par sa demi-acceptation, d'être le continuateur de la personne du défunt. Par conséquent, tout acte qui fera passer sur la tête de l'héritier bénéficiaire le droit de propriété sera un acte translatif, et le jugement d'adjudication mérite d'être ainsi qualifié, puisqu'il transfère le droit de la succession à l'héritier. Trois choses sont nécessaires pour qu'une translation puisse s'opérer : un objet, et deux sujets, l'un qui le perd, l'autre qui l'acquiert ; l'objet, il existe évidemment ; la partie perdante, c'est la succession ; la partie acquérante, c'est l'héritier bénéficiaire.

Cette opinion découle logiquement d'un principe faux, et c'est à ce principe que nous nous attaquons. Le droit de propriété sur les immeubles de la succession appartient, avant comme après l'adjudication, à l'héritier bénéficiaire ; à partir de la mort du *de cujus*, il n'existe pas deux personnes juridiques capables de droits, mais une seule, l'héritier. Le décès du *de cujus*

rend propriétaire, qui ? L'héritier. Le jugement d'adjudication rend propriétaire, qui ? L'héritier. Pas de translation, mais une confirmation, donc pas de transcription.

Quant à cet expédient qui consiste à forger une personnalité juridique, en prolongeant fictivement l'existence d'un homme dont l'existence réelle est finie, il peut être ingénieux, mais il est contraire aux principes du droit, à la nature des choses, et à cette vérité contre laquelle il n'est pas de fiction proposable. Or, si cette capacité posthume du défunt est impossible, à qui passera-t-elle ? Laissons répondre Pothier.

« L'héritier bénéficiaire est administrateur de son propre « bien (1)... L'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, « est pareillement réputé, comme l'héritier pur et simple, saisi « de la succession dès l'instant qu'elle est ouverte : il est vrai « héritier, vrai propriétaire des biens de la succession... De là, « il suit que lorsqu'il se rend adjudicataire des biens de la suc- « cession bénéficiaire, il retient plutôt qu'il n'acquiert, et par « conséquent ne doit point de profit comme nous l'avons vu au « *Traité des Fiefs* (2). » Cette doctrine, de celui qui peut être appelé, qu'on nous passe ce jeu de mots juridique, l'auteur du Code Napoléon, est aussi universellement acceptée qu'elle est claire (3). La Cour de cassation l'a consacrée dans un arrêt du 1er février 1830 (4). Et en le faisant, elle s'est appuyée sur la plus sûre des autorités, le Code Napoléon, qui considère si bien l'héritier bénéficiaire comme propriétaire, qu'il parle (art. 802) *des biens qu'il a recueillis* et de *l'abandon* qu'il peut en faire aux créanciers et aux légataires pour se décharger du paiement des dettes. Le jugement d'adjudication au profit de l'héritier bénéficiaire, est un acte déclaratif, exempt de la transcription.

III.—288. L'article 4 de la loi du 23 mars 1855 soumet les

(1) Pothier. *Des Successions*, ch. 3, sect. 3, art. 2, § 4.

(2) Pothier. *Des Successions*, ch. 3, sect. 3, art. 2, § 1.

(3) V. Merlin. *Répertoire*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n° 25. — Toullier, I, 4, n° 359. — Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Successions*, n° 813.

(4) Dalloz. *Jur. gén.*, v° *Enregistrement*, n° 4020.

jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, à une publicité dont les formes et les conséquences sont différentes de celles de la transcription.

Les jugements de cette classe, simplement déclaratifs, doivent être *mentionnés* sur le registre public, en marge des actes transcrits qu'ils anéantissent. Cette disposition exceptionnelle a été édictée pour empêcher la transcription de devenir un piége. Il ne fallait pas que les tiers, qui ont intérêt à connaître la véritable situation de celui avec qui ils traitent, fussent trompés par la validité apparente d'un acte ultérieurement annulé.

L'intérêt que présente cette matière est de distinguer les cas divers où la mention des jugements prononçant résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, est superflue, insuffisante ou nécessaire, ou, en d'autres termes, de bien distinguer les hypothèses où le jugement doit être *mentionné* de celles où il doit être transcrit, et de celles où il est affranchi de toute publicité.

A ne prendre que l'article 4 lui-même, ces questions ne pourraient pas naître et seraient tranchées par le texte dont les termes, tour à tour généraux et restrictifs s'ils étaient pris à la lettre, conduiraient aux plus manifestes erreurs.

Dans le résumé rapide que nous allons présenter des difficultés à résoudre, il nous faudra toujours, pour suivre les principes et l'esprit de la loi, prendre le contre-pied des expressions par elle employées.

Et d'abord, il n'est pas exact de dire que *tout jugement* prononçant résolution ou rescision d'un acte transcrit doive être *mentionné*. Ce texte est tout à la fois trop général et faussement restrictif : faussement restrictif, parce que les mots *prononçant la résolution* semblent exclure les résolutions de plein droit, *ex causa necessaria*, lesquelles ne sont pas *prononcées* par le jugement, mais seulement constatées par lui, et une semblable exclusion est, comme nous le verrons bientôt, contraire à la vérité juridique. Le même texte est trop général quand il soumet à la mention *tout* jugement. Il est en effet applicable aux seuls jugements prononçant résolution ou rescision en vertu

d'une cause inhérente au contrat, *ex causa antiqua vel primæva*, car l'acte original étant considéré comme n'ayant jamais existé, aucune translation de droits n'a existé. Quant aux mêmes jugements qui appuient la résolution ou rescision qu'ils prononcent sur un motif dont la naissance est postérieure à celle de l'acte, ils contiennent une *mutation*, et, comme actes translatifs, doivent être non pas seulement mentionnés, mais transcrits; à cette classe appartiennent les jugements prononçant l'extinction d'un usufruit pour abus de jouissance de l'usufruitier. On a soutenu pour eux la dispense de la publicité sous prétexte qu'ils prononcent une *déchéance*, non pas une *résolution*. Pure logomachie! déchéance ou résolution, il existe certainement, et c'est là l'important, une transmission. Le jugement transfère au nu propriétaire le droit à l'usufruit, droit que celui-ci n'avait pas et que l'usufruitier perd pour une raison née non avec, mais après la formation de l'acte constitutif de l'usufruit.

Les jugements d'adjudication sur folle enchère résolvant les droits du fol enchérisseur, non-seulement anéantissent la première vente, mais ils font acquérir la propriété à une nouvelle personne. L'existence de la translation est hors de discussion, et se fait directement du propriétaire au dernier adjudicataire; la propriété est réputée, par l'effet du jugement rendu sur folle enchère, ne s'être jamais arrêtée sur la tête du fol enchérisseur.

289. La distinction que nous venons d'établir dans le cas où le jugement prononce une résolution ou rescision, ne s'applique point au cas où il prononce une nullité d'acte. Qu'il s'agisse d'une nullité substantielle ou non substantielle, le jugement d'annulation remonte par ses effets au contrat annulé; il est déclaratif; la mention est nécessaire, mais suffisante.

Inutile d'insister sur ceci, que le jugement contenant résolution, rescision ou annulation, ne doit être mentionné que dans les cas où l'acte résolu rescindé ou annulé a lui-même été transcrit. La nécessité des choses et le texte de la loi le font assez comprendre.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES FORMES DE LA TRANSCRIPTION.

290. Nous diviserons ce chapitre, moins important que celui qu'il suit et que celui qu'il précède, en trois sections.

Dans la première, nous nous occuperons de la procédure de la transcription ; — dans la seconde, des personnes auxquelles incombe l'obligation d'accomplir la formalité de la transcription ; — dans la troisième, enfin, nous indiquerons sommairement l'organisation matérielle des bureaux de conservation des hypothèques et les principes qui règlent la responsabilité des conservateurs.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PROCÉDURE DE LA TRANSCRIPTION.

291. La transcription est la copie littérale du titre sur un registre tenu par le conservateur des hypothèques.

Les conditions qui la constituent sont de deux sortes : les unes sont essentielles, les autres ne sont qu'accidentelles ou accessoires.

Les conditions essentielles sont au nombre de quatre. Chacune d'elles est indispensable. Pour que la transcription soit conforme à son objet, il faut qu'elle soit effectuée au bureau de la situation des biens désignés dans l'acte qu'elle doit rendre public ; il faut qu'elle contienne des énonciations propres à les distinguer de tous autres biens ; il faut, en troisième lieu, qu'elle désigne individuellement le propriétaire qui en a disposé ; il faut enfin qu'elle indique la nature et l'étendue du droit dont il s'est dépouillé.

Les autres éléments de la transcription ne sont pas indispensables ; leur absence peut constituer une irrégularité, elle n'entraîne pas la nullité de la transcription.

Il en est ainsi des transcriptions effectuées tardivement, de celles qui contiennent des blancs et des interlignes, de celles qui ne sont point signées, de celles qui portent sur un acte non enregistré.

Les transcriptions effectuées un jour de fête légale sont encore à l'abri de la nullité; cela va de soi si on suppose que la formalité a été remplie en vertu de permission du juge ; mais la solution resterait la même dans le cas où le conservateur y aurait procédé d'office, c'est-à-dire en l'absence de toute autorisation judiciaire.

On a tenté d'apporter à ceci un tempérament. Tout en reconnaissant que la transcription effectuée un jour férié est valable, on a soutenu que dans ce cas la formalité ne vaudra qu'à la date du lendemain. La raison qu'on en a donnée est qu'il importe que les conditions soient égales pour tous, et qu'il ne saurait être permis au conservateur de favoriser les uns au détriment des autres.

Cette opinion nous paraît illogique. Si la transcription d'office faite un jour férié offre des dangers, qu'elle soit défendue; et elle ne l'est pas par la loi actuelle. Mais, si elle est permise, elle doit produire tous ses effets.

292. On a demandé si, pour être admis à la transcription, l'acte présenté devait être enregistré. Il est certain que le conservateur aurait le droit et même le devoir de se refuser à transcrire un acte non enregistré, quand même les parties se trouveraient encore dans le délai utile pour remplir cette formalité, mais tel n'est pas notre point de vue, et s'il arrivait que, par un motif ou par un autre, l'acte fût transcrit sans être enregistré, faudrait-il décider qu'il est ou non opposable aux tiers? Il est absolument certain que la transcription serait valable et produirait tous ses effets.

D'une part, l'acte lui-même conserverait toute sa validité, et, d'autre part, la transcription suffirait évidemment pour lui assurer une date certaine.

Si l'acte était enregistré, et si le receveur avait négligé de percevoir, avec le droit d'enregistrement, le droit proportionnel de transcription, on devrait de même décider que non-seulement le conservateur ne pourrait arguer de cette omission pour refuser de transcrire jusqu'à ce qu'elle eût été réparée, mais, à plus forte raison, que la transcription opérée dans ces conditions serait entièrement valable.

293. Le principe qui domine toute cette matière remplie de détails techniques, est celui-ci :

Les irrégularités ou omissions autres que les quatre irrégularités substantielles que nous avons indiquées, n'enlèvent à la transcription son efficacité qu'autant que ces irrégularités ou omissions seraient de nature à préjudicier aux tiers, et l'exception ne pourrait être invoquée que par ceux qui en auraient souffert.

Le caractère particulier qui appartient à ces irrégularités ou omissions, est qu'elles peuvent disparaître par une rectification opérée soit sur la réquisition des parties, soit d'office par le conservateur, dans le cas où elles proviendraient de son fait.

294. Nous avons dit en commençant que la transcription est la copie intégrale du titre.—Plusieurs projets avaient été mis en avant à ce sujet. L'un d'eux portait que, de même que pour les inscriptions hypothécaires, la copie par extrait serait suffisante. Cela présentait des inconvénients énormes que n'eût certes pas balancés le mince avantage d'économie que l'on se promettait.

De son côté, le Gouvernement proposait de dispenser le conservateur de toute écriture, les parties intéressées auraient déposé une copie certifiée de l'acte à transcrire et on eût formé un recueil de toutes les copies déposées.

C'eût été s'exposer à de nombreuses chances d'inexactitude, de perte des documents et de graves complications dans les recherches.

Le législateur nouveau a donc eu raison de conserver à la transcription qu'il rétablissait et qu'il étendait les formes qu'elle avait sous la loi de brumaire an VII, et qu'avait acceptées le Code Napoléon pour les donations et la purge des hypothèques.

Il suit de là que le conservateur devrait se refuser à transcrire l'acte dont un extrait seulement lui serait présenté ; mais il ne faudrait pas pousser trop loin ce principe. Ainsi, lorsque plusieurs conventions distinctes entre elles et ayant chacune une existence si particulièrement propre, qu'aucune dépendance ne les lie les unes aux autres se trouvent relatées dans un même acte, il est permis d'en détacher, pour la reproduire sur le registre, la partie où se trouve décrite en son entier celle des conventions dont on poursuit la publicité.

Ce que la loi défend, c'est de dénaturer un acte unique en le morcelant et en dissimulant des clauses qui peuvent apporter au caractère de cet acte des modifications importantes et intéressantes pour les tiers; mais cet inconvénient majeur ne peut en aucune façon se produire dans le cas où un même acte contient une vente d'immeubles et une vente de meubles, avec l'indication de deux prix principaux appliqués l'un à la première vente, l'autre à la seconde. Il suffira de transcrire de cet acte seulement ce qui concerne la vente de l'immeuble.

L'inconvénient signalé plus haut ne pourra non plus se produire dans le cas où un ou plusieurs immeubles auront été mis aux enchères publiques et vendus en différents lots.

On ne peut imposer à celui des adjudicataires qui veut transcrire dans son intérêt à lui seul, l'obligation de faire transcrire le procès-verbal tout entier. Il est une considération de droit fiscal décisive en cette matière : c'est que l'adjudicataire qui ferait transcrire serait, dans le système que nous rejetons, obligé d'acquitter seul les droits de transcription et de mutation pour des immeubles qu'il n'aurait pas achetés.

Les choses doivent se passer au bureau du conservateur des hypothèques comme en l'étude du notaire ; chaque adjudicataire ne reçoit que la portion du procès-verbal qui le concerne, mais il reçoit au contraire la copie intégrale du cahier des charges. La transcription de ce cahier des charges tout entier incombe donc à chacun des adjudicataires.

L'application de ce principe souffre plus de difficulté quand il s'agit d'un acte de vente ordinaire dans lequel divers immeu-

bles, indépendants les uns des autres, sont vendus à une seule ou à plusieurs personnes. Il serait, dans ce cas, assez mal aisé de dire qu'il existe plusieurs actes, il n'y en a réellement qu'un seul, lequel renferme sans doute deux dispositions distinctes, mais la loi contient un ordre absolu, elle veut que l'on transcrive l'acte entier.

Ajoutons que cet acte ne pourrait être scindé sans qu'il en résultât nécessairement un préjudice réel ou possible pour les tiers.—Ceux-ci ne pourraient en aucune manière connaître les conditions générales de la vente, puisque dans le cas d'une vente ordinaire, à la différence de ce qui a lieu dans les adjudications, aucun cahier des charges n'est rédigé et ne peut être transcrit pour porter à la connaissance du public les clauses générales de l'acte. Toutefois il ne faudrait pas considérer la scission de l'acte comme devant entraîner fatalement la nullité de la transcription; la reproduction intégrale et littérale de l'acte n'étant qu'un élément accidentel et non un élément essentiel de la transcription. Le juge conserve le droit d'apprécier si, en fait, la publicité a été suffisante.

S'il s'agit, non plus d'un acte de vente, mais d'un acte d'échange, les opinions se partagent. Pour soutenir que l'acte présenté à la transcription peut être divisé, on dit qu'il contient en réalité deux ventes réciproques, chacune des parties étant tout à la fois vendeur et acheteur.

Le point de départ du raisonnement est vrai, mais la conséquence est faussement tirée ; sans doute il y a deux ventes, mais deux ventes liées intimement l'une à l'autre, puisque l'aliénation de l'un des immeubles est la charge de l'aliénation de l'autre immeuble. L'acte est donc indivisible et le diviser serait le mutiler.

Il existe enfin des actes qui, par leur nature même, échappent à la règle de la reproduction intégrale sur les registres du conservateur. Il peut se faire, et il arrive souvent, qu'un acte de partage, qu'un contrat de mariage contienne une ou plusieurs stipulations de nature à être transcrites. Dans un acte de partage, ce sera l'établissement de servitudes au profit d'un lot sur

les autres lots ; dans un contrat de mariage, ce sera la translation entre-vifs de droits immobiliers ; il serait déraisonnable ou du moins contraire à l'esprit de la loi d'exiger alors la transcription de l'acte entier.

On peut dire, dans le système certainement en vigueur sous la loi de 1855, qu'une telle exigence entraînerait des frais frustratoires pour les parties et encombrerait inutilement les registres.

Quant à l'intérêt que pourraient trouver les tiers à la transcription de tels actes, il serait très-réel, quoi qu'on en ait dit. Nous n'avons pas, du reste, à revenir sur un sujet assez amplement traité au commencement de notre chapitre premier.

295. Nous avons vu précédemment que l'article 4 de la loi du 23 mars 1855 contient l'obligation, dans le cas où un jugement prononce la nullité ou rescision d'un acte transcrit, de faire mentionner ce jugement en marge de la transcription faite sur le registre.

Cette obligation est imposée à l'avoué qui a obtenu le jugement ; il doit s'en acquitter dans le mois à dater du jour où le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée, et, faute par lui de le faire, il est passible d'une amende de 100 francs.

Nous avons à nous occuper, à propos de la mention marginale, de ses formes, ce qui rentre entièrement dans notre présent chapitre, et de ses effets, ce qui en ressort quelque peu.

Le but de la mention dont parle l'article 4 de la loi précitée, est de paralyser une transcription qui n'a plus de raison d'être. Le même coup d'œil jeté sur le registre, fait ainsi connaître et la publication de l'acte, et la résolution qui le frappe. La loi nouvelle, suivant en cela, du reste, l'usage depuis longtemps adopté en matière de radiation, ordonne que cette mention soit opérée en marge de l'acte rescindé.

Il est inutile que la mention contienne une relation complète du jugement, il suffit qu'elle en indique la date et qu'elle en résume fidèlement le dispositif; qu'elle contienne le nom et les prénoms des parties et la désignation précise de l'immeuble. En un mot, elle devra être la reproduction exacte, mais abrégée de la décision rendue.

Pour la plus grande sûreté de chacune de ces indications, l'avoué est tenu de remettre au conservateur un bordereau qui les renferme; le conservateur lui en donne récépissé.

296. Ce qui nous détermine à nous occuper dès maintenant des effets de la mention marginale des jugements soumis à cette formalité, c'est qu'ils se séparent profondément de l'importante matière qui doit remplir notre chapitre troisième, tandis que le défaut de publicité, dans tous les cas prévus par les articles 3, 6, 7, 8 et 9, entraîne la nullité de l'acte vis-à-vis des tiers, le défaut de mention n'empêche pas le jugement de résolution de produire tous ses effets à l'égard de ces derniers (1).

La sanction de l'art. 4 est, comme on le voit, beaucoup moins énergique; le défaut de mention n'a pour conséquence qu'une peine d'amende contre l'avoué négligent; il ne donnerait même pas lieu, selon nous, à une action en dommages-intérêts de la part des tiers.

Cette opinion ne laisse pas que de soulever contre elle deux objections assez graves

On n'aperçoit pas tout d'abord le moyen, dans le cas où le défaut de mention a porté préjudice à un tiers, de soustraire l'avoué à l'application de l'art. 1382 du Code Napoléon.

En second lieu, s'il est vrai de dire que la loi de 1855 est si'encieuse sur les dommages-intérêts, il n'est pas moins certain qu'en principe, la peine d'amende lorsqu'elle doit être prononcée contre l'officier public négligent, n'est pas exclusive de l'action en dommages-intérêts.

Ces deux objections contrebalancent deux considérations invoquées à l'appui de l'opinion que nous adoptons :

La première qui consiste à dire que l'avoué ne peut pas être responsable vis-à-vis des tiers, puisqu'il n'est pas leur mandataire.

La seconde que la loi ne fait mention que d'une amende de

(1) *Contra.* M. Duvergier. *Annot. sur l'art. IV de la loi du* 23 *mars* 1855 (*Collect. des lois*, 1855, p. 67, note 2.)

100 fr. et ne réserve pas, par une disposition expresse, l'action en dommages-intérêts.

Mais à ces deux considérations viennent s'en joindre d'autres fort graves, et non encore réfutées. Les jugements de résolution dont parle l'art. 4 de la loi de 1855 n'étant pas translatifs de propriété, le législateur n'avait aucune mesure à prescrire en dehors du droit commun pour sauvegarder l'intérêt des tiers, et ainsi la mention qu'il a ordonnée a le caractère d'une disposition exceptionnelle, à laquelle il serait exorbitant de vouloir attacher une autre sanction que celle qu'il a lui-même établie.

D'autre part, il serait souvent fort difficile et quelquefois impossible aux magistrats de reconnaître la mesure et l'existence même du préjudice que le tiers prétendrait avoir subi. Ce serait une source de procès où la mauvaise foi aurait trop de chances heureuses et de liberté. Il est donc plus sage de n'admettre contre l'avoué négligent d'autre pénalité que l'amende de 100 fr. qui a paru suffisante.

Dans quel sens faut-il prendre le mot *jugement* employé par l'article 4? Évidemment dans une acception absolue, et comme un terme générique signifiant toute décision rendue soit par une Cour, soit par un tribunal.

Si le jugement a été frappé d'appel, ce sera à l'avoué près la Cour qu'il incombera d'exécuter l'obligation prescrite par l'article 4. C'est lui, et non l'avoué de première instance, qui connaît le point de départ du délai dans lequel la mention doit être opérée.

Que si, au contraire, le jugement n'est pas susceptible d'appel ou que l'appel n'ait point été porté, ce sera à l'avoué de première instance de faire opérer la mention. L'article 472 du Code de procédure civile contient une disposition qui paraît, au premier abord, contraire à ce que nous venons d'avancer : « Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au tribunal dont « est appel; si le jugement est infirmé, l'exécution entre les « mêmes parties appartiendra à la Cour d'appel qui aura prononcé ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le « même arrêt, sauf les cas, etc..... »

De la distinction contenue dans cet article, on ne saurait aucunement tirer d'analogie dans notre espèce. L'article précité prévoit un litige, une difficulté surgissant de l'exécution du jugement; dans le cas qui nous occupe, au contraire, il ne s'agit que d'un fait matériel, d'une formalité que l'avoué d'appel est à portée d'accomplir mieux que tout autre.

297. Voyons maintenant dans quel délai la mention doit être portée sur les registres, en marge de la transcription.

Il faut, nous dit l'article 4, qu'elle soit faite dans le mois à dater du jour où le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée. Ce jour est évidemment celui où il a cessé d'être attaquable par les voies ordinaires, par l'opposition ou par l'appel. On sait que les moyens extraordinaires d'attaquer un jugement ne l'empêchent pas d'avoir l'autorité de la chose jugée. Que devra-t-il arriver cependant si le jugement de rescision ou de résolution, mentionné en marge de l'acte transcrit, est cassé par la Cour suprême ou rétracté sur requête civile? Y aura-t-il quelque nouvelle mention à porter sur les registres? Que les avoués de première instance ou d'appel soient dispensés, dans ce cas, de faire opérer une mention, c'est ce qui nous paraît évident. Mais, d'un autre côté, si l'obligation n'existe pas pour eux, la faculté de le faire sera complète pour tout intéressé, et on peut se fier dans ce cas à l'intérêt particulier de la partie qui a obtenu la cassation ou la rétractation; elle saura faire ce qu'il faudra pour le rétablissement de son droit; point n'est besoin du secours d'autrui.

Quant au lieu dans lequel doit être faite la mention, il est facile à déterminer. On doit l'opérer en marge de l'acte transcrit qu'elle vient rectifier, c'est-à-dire au bureau dans la circonscription duquel est situé l'immeuble que cette mention concerne, puisque c'est à ce bureau que la transcription a dû être faite.

Si l'avoué décède, se démet ou est destitué de ses fonctions pendant le délai légal et avant d'avoir fait mentionner le jugement, l'obligation n'en est point imposée à son successeur sous une sanction. On comprend très-bien, en effet, que cet officier

public est très-excusable d'ignorer et le jugement et le délai qui court.

La peine de l'amende, au contraire, est applicable à l'avoué qui donne sa démission sans avoir rempli la formalité que la loi lui a imposée. — Il en serait autrement si l'avoué était destitué; tant que le délai n'est point expiré, il n'est point en faute, et, à partir de sa destitution, il ne peut plus faire aucun acte relatif à ses fonctions.

SECTION DEUXIÈME.

DES PERSONNES AUXQUELLES INCOMBE L'OBLIGATION D'ACCOMPLIR LA FORMALITÉ DE LA TRANSCRIPTION.

298. La règle générale en cette matière, est que celui-là doit faire transcrire à qui la transcription doit profiter: ainsi l'acquéreur en matière de vente. Le vendeur peut le faire également pour la conservation de son privilége, sauf à se faire rembourser des frais par l'acquéreur.

Lorsque celui qui doit faire transcrire est un incapable, c'est à son représentant légal à faire transcrire pour lui. L'incapable peut d'ailleurs faire procéder lui-même à la transcription. La même faculté appartient à ses parents et amis, et, à plus forte raison, à ses ayants-cause.

Faisons l'application de ces principes d'abord aux mineurs et interdits, ensuite aux femmes mariées.

Le curateur du mineur émancipé doit, selon nous, faire transcrire dans l'intérêt de ce dernier, mais cette solution est dominée par une question des plus graves, celle de savoir si le mineur émancipé peut faire seul une acquisition d'immeubles.

Le tuteur qui vend un de ses immeubles au mineur, est responsable envers lui du défaut de transcription de l'acte. Il soutiendrait en vain qu'il a agi non comme tuteur, mais comme vendeur, et que comme vendeur il n'était pas tenu de faire la transcription. Il est très-vrai qu'il réunit deux qualités: l'une

qui l'oblige à faire transcrire, l'autre qui ne le lui défend pas et qui le laisse libre.

Ces deux qualités n'étant pas contradictoires se laissent vivre l'une et l'autre dans toute leur force; et le tuteur-vendeur peût en conséquence être tenu en vertu de l'une de ce à quoi l'autre ne l'avait pas assujetti. C'est ce qu'on décide généralement en matière de donations, quand la libéralité émane du tuteur.

L'obligation que nous faisons peser sur ce dernier ne nous empêche point de faire peser la même responsabilité sur le subrogé-tuteur; de même que le premier avait un devoir général, de même celui-ci avait à remplir un devoir spécial dans l'espèce qui nous occupe. D'abord le subrogé-tuteur qui, dans le cas d'une donation faite par le tuteur, est le mandataire légal du mineur pour accepter la donation, cesse-t-il de l'être parce que l'acte est fait à titre onéreux? Mais précisément la vigilance à employer dans l'intérêt de l'incapable doit être plus éveillée encore dans ce cas que dans le cas d'une donation.

Le subrogé-tuteur n'est-il pas tenu, sous sa responsabilité personnelle et sous peine de tous dommages-intérêts, de faire inscrire l'hypothèque légale du mineur sur les biens de son tuteur? Objecterait-on que la responsabilité du tuteur et celle du subrogé-tuteur feraient double emploi? Mais, comme nous l'avons déjà fait pressentir, il n'y a entre les deux situations rien d'incompatible; l'un a un devoir général, l'autre un devoir particulier à remplir, et la loi ne saurait voir de mauvais œil que le mineur ait deux garanties, au lieu d'une.

299. La question de savoir si le mari est obligé, en matière de vente comme en matière de donation, de faire transcrire dans l'intérêt de sa femme et par suite s'il est responsable envers elle du défaut de transcription, est une question complexe qui doit nécessairement être décomposée.

Pour ce qui concerne la femme commune en biens, la femme mariée sans communauté et la femme mariée sous le régime dotal, lorsqu'il s'agit de ses biens dotaux, l'affirmative ne nous paraît souffrir aucune difficulté à cause des pouvoirs et des

devoirs corrélatifs imposés au mari sous ces trois régimes par les articles 1428, 1531 et 1545 du Code Napoléon.

La question est plus controversée en ce qui concerne la femme séparée de biens soit contractuellement, soit judiciairement, et en ce qui concerne la femme mariée sous le régime dotal relativement à ses biens paraphernaux. Mais nous croyons que, dans ces deux cas encore, le mari est responsable du défaut de transcription. L'opinion contraire, simplement énoncée par deux auteurs, n'a encore été ni développée ni justifiée (1).

Le refus par le mari d'autoriser sa femme à passer un acte, pour lequel elle a obtenu l'autorisation de la justice, fait, selon nous, cesser pour le mari la responsabilité résultant du défaut de transcription de cet acte. Un argument d'analogie très-saisissant peut être tiré de l'article 1450 du Code Napoléon. Il résulte de cet article que le mari est garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix, si la vente a été faite en sa présence et de son consentement. Il en résulte que toute garantie cesse de sa part s'il n'a point concouru au contrat et si la vente n'a été faite qu'avec l'autorisation de justice.

300. En ce qui concerne le délai dans lequel doit être opérée la transcription, la loi nouvelle n'en a imparti aucun. Elle a pensé que l'intérêt des parties serait suffisant pour activer leur diligence à ce sujet. En effet, comme ce n'est qu'à partir de l'accomplissement de cette formalité que la propriété devient entre leurs mains un droit absolu et opposable à tous, il leur importe de hâter ce résultat.

La transcription doit être faite au bureau des hypothèques dans le ressort duquel l'immeuble se trouve situé, nous avons déjà indiqué ce point en nous occupant de la mention marginale des jugements. Lorsque les immeubles acquis par un même acte sont situés dans différents arrondissements, l'acte entier doit être transcrit dans chaque arrondissement, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils font partie du même domaine, du même corps de ferme, ou de la même exploitation agricole.

(1) MM. Rivière et Huguet, *Questions sur la Transcription*, n° 158.

L'acte contenant cession de droits successifs doit être transcrit dans les divers bureaux où sont situés les immeubles héréditaires dont la propriété est transférée, et, pour les droits réels, aux bureaux de la situation des immeubles auxquels ces droits réels se réfèrent.

A l'égard des actions immobilières de la Banque de France, du Canal du Midi, des Canaux d'Orléans et du Loing, dont le transport, comme nous l'avons dit, donne également lieu à transcription, la formalité doit être remplie à Paris où se trouve le siége de la Banque de France et celui de l'administration des Canaux dont il s'agit (1).

SECTION TROISIÈME.

DES REGISTRES DE TRANSCRIPTION ET DE LA RESPONSABILITÉ DU CONSERVATEUR.

301. Les différentes opérations qui ont pour objet la publicité des actes, se font sur cinq registres d'une importance inégale.

Au fur et à mesure que les actes à transcrire ou les bordereaux à inscrire sont présentés, ils sont portés indistinctement, par ordre de numéros, sur le *registre des dépôts*. Le conservateur remet au déposant une reconnaissance qui relate le numéro du registre sur lequel est inscrit le dépôt effectué. Cette première opération terminée, les actes sont transcrits et les bordereaux sont inscrits, les premiers sur le *registre des transcriptions*, les seconds sur le *registre des inscriptions*.

Cela fait, les transcriptions et inscriptions sont portées au fur et à mesure qu'elles sont faites sur le *répertoire*, sous le nom des propriétaires dont elles grèvent les immeubles, avec l'indication des registres où elles se trouvent et des numéros sous lesquels elles ont été consignées.

Le cinquième et dernier registre, appelé *Table alphabétique*,

(1) MM. Rivière et Huguet. *Questions*, n° 135.

reçoit tous les noms portés sur le répertoire et sert de clef aux recherches.

Le registre des dépôts, le registre des transcriptions et celui des inscriptions, étant tenus par des officiers publics, constituent des documents authentiques. Un jugement du Tribunal de Guingamp, du 5 juin 1849, a décidé, par application de ce principe, et en matière d'inscription, que les énonciations du registre ne pouvaient pas être attaquées par la preuve ordinaire, mais seulement par l'inscription de faux.

302. Ces registres sont publics. Ils sont un dépôt de renseignements ouvert à toute personne qui a intérêt à consulter l'état de la propriété. De là la disposition de l'article 5 : « Le conservateur, lorsqu'il en est requis, délivre, sous sa responsabilité, « l'état spécial ou général des transcriptions ou mentions prescrites par les articles précédents. » Il faut bien s'entendre toutefois sur la portée des mots employés, et, ainsi qu'on l'a fait justement remarquer, quoique les registres appartiennent au public, les parties intéressées à les consulter ne sont point néanmoins autorisées à les compulser elles-mêmes pour y recueillir, de leurs propres mains, les renseignements d'où dépend leur sécurité. Les registres ne sont publics, en effet, qu'en ce sens seulement qu'il est enjoint aux officiers préposés à leur conservation de délivrer à tout requérant copie des transcriptions et des inscriptions qui s'y trouvent, ou certificat qu'il n'en existe aucune. La justification d'un intérêt légal n'est point nécessaire, et le conservateur doit délivrer, à quiconque se présente, la communication qu'il demande. La seule obligation qui soit imposée aux parties est de former leur demande par écrit et sur papier timbré. C'est aux requérants et à eux seuls qu'appartient le droit de fixer, par leurs demandes, l'étendue et la limite des renseignements que le besoin de leur sécurité réclame. Ce principe ne souffre aucune exception, mais il ne souffre non plus aucune extension. Les conservateurs doivent se conformer à la volonté du requérant toutes les fois qu'ils peuvent le faire sans sortir de leur rôle de copistes ou de certificateurs. — En aucun cas, par exemple, ils ne pourront être contraints d'apprécier le mérite

ou la validité des actes qui se trouvent sur leurs registres. Jamais ils ne pourront être forcés d'en faire un extrait analytique, ni de se livrer à un travail d'esprit qui, leur étant propre, engagerait de trop près leur responsabilité.

Un principe dont les applications sont nombreuses, journalières, et dont quelques-unes ont éveillé des scrupules, domine les relations du public avec le conservateur. Les requérants ont le droit de désigner la transcription ou les transcriptions dont ils désirent avoir la copie en excluant toutes les autres concernant le même immeuble, et dont ils croient n'avoir pas besoin. Pour pouvoir se faire délivrer cet état général ou spécial, il faudra désigner non pas seulement un immeuble, mais encore une personne actuellement ou anciennement propriétaire, car les tables et répertoires du conservateur ne contiennent que des noms de personnes. — Quand le même conservateur connaîtra un des propriétaires, il remontera ou descendra la chaîne des mutations, selon le désir du requérant. Mais s'il y a eu une transmission par succession *ab intestat*, ou par testament, la chaîne sera rompue en cet endroit et il faudra que la partie intéressée comble la lacune en s'enquérant du nom des personnes auxquelles l'immeuble a été ainsi transmis. Le conservateur pourra alors continuer ses recherches.

Les parties peuvent se borner à requérir des certificats purement affirmatifs ou négatifs de transcription, mais elles ne peuvent limiter leur réquisition aux clauses où se trouve exposé dans les inscriptions le montant des sommes garanties. On conçoit que l'acte ainsi mutilé pourrait revêtir une signification tout autre que la signification réelle.

303. Le principe de la responsabilité du conservateur a été législativement consacré dans l'article 2197 Code Nap. D'après cet article, le conservateur des hypothèques est responsable de toutes les négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Cette responsabilité n'embrasse évidemment que les nouvelles obligations que la loi du 23 mars 1855 lui impose. Cette loi ne fait qu'étendre ses attributions sans les changer, et, du reste, l'article 5 a pris soin de nous rappeler la règle générale

dans le cas où le fonctionnaire commet une erreur dans la délivrance d'un acte de transcription.

Le conservateur peut commettre deux sortes de négligences: ou bien il ne transcrit pas sur ses registres un acte qui lui a été déposé, ou du moins la transcription qu'il en fait est incomplète ou postérieure à la date du jour où il lui a été remis ; ou bien il omet de donner connaissance à un requérant d'une transcription ou d'une mention dûment constatée sur ses registres. — Dans le premier cas, c'est la partie qui a requis la transcription pour consolider son droit à l'égard du tiers qui souffre de la faute du conservateur ; c'est elle qui a le droit d'être indemnisée. — Dans le second cas, la faute porte préjudice au tiers qui a requis l'état des transcriptions ou inscriptions.

Le conservateur qui découvre à temps son erreur peut, par divers moyens, sauvegarder sa responsabilité ; nous nous occupons du cas de la délivrance d'un certificat incomplet ou irrégulier. Si le créancier omis est seul inscrit sur l'immeuble aliéné, ou si l'acquéreur n'a point commencé ses notifications à fin de purge, le conservateur peut signifier à ce dernier copie de l'inscription omise. Cette signification pourra encore être utilement faite si les créanciers désignés dans l'état ont reçu déjà des notifications, et si les délais fixés par la loi pour surenchérir ne sont pas encore expirés.

Le conservateur n'est tenu que dans la limite du dommage qu'il a causé ; mais pourrait-il soutenir que l'inscription omise étant nulle et ne pouvant en aucun cas être colloquée à l'ordre, il n'a ainsi causé aucun dommage ? On lui a, en général, accordé ce droit, mais on vient d'y apporter une restriction qui nous paraît fort juste. S'il est établi que, bien que nulle, l'inscription n'eût été combattue par personne ; si, par exemple, le prix d'acquisition était égal au montant des charges hypothécaires, y compris la somme due au créancier omis, et que les créanciers chirographaires du vendeur ne soient pas venus à l'ordre, dans ces circonstances, personne n'aurait eu intérêt ou qualité pour contester l'inscription omise. Or, la nullité qui n'aurait pas été invoquée, et qui l'est par le conservateur au préjudice du créan-

cier omis, doit engager la responsabilité du fonctionnaire négligent. Dans le cas où il est contraint de verser à la partie lésée une indemnité, il est de plein droit subrogé à ses droits. La dernière règle que nous ayons à mentionner en cette matière, est que le conservateur ne peut être déclaré responsable qu'autant que la faute commise lui est imputable.

Ces fautes peuvent s'analyser ou en inexactitudes, ou en retards. Si l'état délivré contient une fausse désignation de personnes ou une lacune, mais que l'acte présenté à la transcription ou la réquisition contienne l'irrégularité correspondante, la responsabilité du conservateur est alors dégagée. Les termes des bordereaux et des réquisitions servent alors à le justifier.

Quant aux longueurs qui résultent des nécessités du service et de la force des choses, l'appréciation équitable des Tribunaux pourra trouver place. Un certain temps matériel, si l'on peut s'exprimer ainsi, est nécessaire pour opérer les transcriptions d'actes souvent étendus, et pour reporter les transcriptions sur le compte ouvert à chaque nom. Il est clair que, le cas échéant, le mauvais vouloir ou la faute du conservateur n'étant pas prouvé, la partie dont le titre n'aurait pas été transcrit le jour même du dépôt, ou qui aurait attendu la délivrance des états demandés, ne serait point fondée à réclamer des dommages-intérêts.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES EFFETS DE LA TRANSCRIPTION.

304. Les effets de la transcription opérée, et ceux du défaut de transcription, sont formulés dans les articles suivants de la la loi du 23 mars 1855.

Art. 3. — Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois.

Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans.

Art. 6. — A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des articles 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire.

Néanmoins, le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les priviléges à eux conférés par les articles 2108 et 2109 du Code Napoléon dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription d'actes faite dans ce délai.

Les articles 834 et 835 du Code de procédure civile sont abrogés.

Art. 7. — L'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.

Art. 8. — Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants-cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage

ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement.

Art. 9.— Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme.

A la lecture de ces textes on reconnaît que la transcription exerce son influence sur cinq faits juridiques importants :

1° Sur la transmission de droits résultant des actes énumérés aux articles 1 et 2 (article 3);

2° Sur l'inscription des priviléges résultant des articles 2108 et 2109 et sur l'inscription des hypothèques résultant des articles 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon (article 6);

3° Sur l'exercice de l'action résolutoire du vendeur (article 7);

4° Sur la conservation de l'hypothèque légale de la femme du mineur et de l'interdit après le mariage dissous, la majorité commencée et l'interdiction levée (article 8);

5° Sur la cession de l'hypothèque légale de la femme ou la renonciation à cette même hypothèque (article 9).

A chacun de ces faits juridiques correspondra une section sous laquelle nous l'étudierons spécialement.

305. Avant d'entrer dans cette étude analytique, une observation générale préliminaire doit être présentée. Si la formalité n'a pas été remplie, l'acte qui sert de base et de cause à la transmission du droit peut être opposé aux parties contractantes et à leurs *ayant-cause;* il ne peut pas être opposé aux *tiers*. Quelle est au juste la signification juridique de ces deux termes opposés? Rien n'est plus facile que de répondre en deux mots : l'ayant-cause est celui qui, ayant succédé à une personne, a les mêmes droits, les mêmes charges, la même condition que son auteur. Le tiers est celui qui n'a été ni partie, ni représenté par les

parties à un acte, à une convention, à un jugement. Malheur à qui n'aurait en main que ce fil pour se g uider dans le labyrinthe dont nous approchons ! On voit tout d'abord que la définition ci-dessus rapportée de l'ayant-cause n'est d'aucun secours, puisque la difficulté est précisément de reconnaître à quelles personnes on devra concéder les droits, attribuer les charges et la condition pleinière de celui qu'elles représentent. Cette matière, si riche que la Faculté de Caen, une de ces dernières années, l'a choisie comme sujet du concours de doctorat, exigerait une monographie spéciale. Contentons-nous de signaler les deux causes qui soulèvent autour de ces deux mots : *tiers* et *ayant-cause*, tant de doutes et de controverses. La première vient de la nature même des choses : la qualité de tiers est composée d'éléments juridiques divisibles, de telle sorte qu'elle n'est point absolue, mais purement relative; qu'ainsi un même individu peut être tiers sous certains rapports et ne pas l'être sous certains autres; que les ayant-cause peuvent parfois se prétendre des tiers et repousser, en cette qualité, tel acte conventionnel et judiciaire qui leur est opposé. La seconde cause de confusion vient de la terminologie défectueuse de nos lois. Ainsi, le mot *tiers*, employé par l'article 1321 du Code Napoléon, a un sens différent de celui qui lui est donné par un article voisin, 1328. Dans le premier, il comprend les créanciers chirographaires; dans le second il les laisse en dehors. Les tiers dont parle l'article 100 du C. Nap., et auxquels le jugement de rectification d'un acte de l'état civil n'est pas opposable, sont les parties intéressées qui n'ont point requis le jugement ou qui n'y ont point été parties; et, par exemple, le débiteur d'un créancier décédé n'est pas un tiers dans le sens de cet article. Veut-on d'autres exemples : on sait que l'endossement en blanc d'un effet de commerce ne vaut que comme procuration vis-à-vis des tiers étrangers à cet acte. On considère comme tiers dans une lettre de change le tiré, le tireur et les endosseurs antérieurs; dans un billet à ordre, le souscripteur, les endosseurs.

Mais on ne doit pas considérer comme *tiers* les créanciers de celui qui a donné l'endossement. — Des *tiers* peuvent être

atteints dans leur honneur par des diffamations contenues dans les discours et écrits produits devant les Tribunaux ; ils ont alors l'action en diffamation contre l'auteur de ces dires ou écrits. Le mot *tiers* ne comprend ici que les personnes qui, de quelque manière que ce soit, n'ont pas comparu au procès. Ainsi, l'avocat plaidant n'est pas un *tiers*, l'avocat consultant qui ne défend pas la partie dans le procès en a le nom et les prérogatives. — Mais il est un cas où la terminologie législative est vraiment étrange et enveloppe, sous le mot *tiers*, des personnes auxquelles s'applique en première ligne la définition donnée des *ayant-cause*. Lorsqu'on dit en Droit pénal que l'amnistie ne peut porter atteinte aux droits des *tiers*, ce mot comprend *même les héritiers* (1).

Par ces regards jetés çà et là sur l'ensemble du Droit, on voit qu'il est impossible de déterminer d'une manière absolue quelles personnes sont ou ne sont pas des tiers ; le sens de ce mot devant toujours s'interpréter d'après la disposition qu'il s'agit d'appliquer. Or, c'est la loi de 1855 que nous avons à appliquer. C'est le vrai sens donné par elle aux mots *tiers* et *ayant-cause* que nous devons rechercher. Mais peut-être serait-il difficile d'arriver à une définition unique qui ne serait en désaccord avec aucune partie de la loi. Plusieurs articles parlent des tiers et des ayant-cause, mais, si nous ne nous trompons, on trouverait entre la qualité juridique des personnes désignées par un même mot des différences inconciliables, et ce que nous avons dit de la science du Droit tout entière, est encore vrai de nos douze articles ; c'est d'après l'examen de chaque texte séparé, non d'après l'ensemble de la loi, qu'il faut déterminer la portée de ces deux mots tiers et ayant-cause. Cela dit, prenons le premier article où ils se rencontrent.

(1) V. Cassation, 1er février 1842., aff. Lechauff. M. Faustin-Hélie, t. III, p. 770. M. Bertauld, *Cours de Code pénal*, 24e leçon, p. 479 et 480, 3e édition.

SECTION PREMIÈRE.

EFFETS DE LA TRANSCRIPTION ET DU DÉFAUT DE TRANSCRIPTION SUR LA TRANSMISSION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ, DES DROITS RÉELS, ET SUR LES DROITS RÉSULTANT DES BAUX.

306. L'article 3, celui que nous allons étudier, a été l'objet de critiques grammaticales sur lesquelles nous ne nous arrêtons point, d'abord parce qu'elles ont été faites, ensuite parce que leurs auteurs eux-mêmes les ont indulgemment appelées des pointilles (1). D'après cet article, ceux auxquels on ne peut opposer jusqu'à la transcription, un acte emportant transmission de l'un des droits énumérés aux art. 1 et 2, sont les *tiers* qui ont acquis des droits sur l'immeuble objet de l'acte, et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Il en résulte, que les parties contractantes ne peuvent pas opposer le défaut de transcription et que leurs ayant-cause se trouvent frappés de la même incapacité. Parmi ces derniers on doit certainement ranger les créanciers chirographaires du vendeur, ses héritiers ou successeurs universels ou à titre universel. On a pu blâmer ces dispositions de la loi, on ne les a pas contestées, sinon en ce qui concerne l'héritier bénéficiaire. En faveur de celui-ci, on a tenté d'introduire un tempérament, en soutenant qu'il était destitué du droit d'opposer la transcription, non pas *in universum*, mais pour partie et jusqu'à concurrence de son émolument. Nous ne pouvons admettre cette restriction qui dépend de la nature de l'exception de garantie, suivant qu'on la considère comme divisible ou indivisible. Elle est, selon nous, indivisible et retombe de tout son poids sur l'héritier bénéficiaire qui, pas plus que tout autre, ne peut s'en décharger pour partie. On comprend d'ailleurs qu'il nous est impossible de nous livrer à l'étude approfondie de cette question de l'indivisibilité de la garantie,

(1) MOURLON, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, § 419-421.

grave, difficile et intéressante il est vrai, mais ne se rattachant qu'indirectement à notre sujet.

Sont assimilés aux ayant-cause : 1° les tiers personnellement responsables du défaut de transcription, tels que les maris, tuteurs ou autres personnes chargées de faire transcrire pour les incapables ; 2° leurs héritiers et successeurs universels ou à titre universel, mais non pas leurs acquéreurs à titre particulier ou leurs créanciers hypothécaires ; 3° les véritables tiers ayant un droit réel sur l'immeuble, qui ne l'ont point conservé en se conformant aux lois, c'est-à-dire en faisant transcrire ou inscrire l'acte qui le constitue quand il est soumis au régime de publicité.

Les difficultés de notre matière naissent des conflits qui s'élèvent entre plusieurs titulaires de droits sur un même immeuble.

Si l'un d'eux est un tiers, si l'autre est un ayant-cause, la solution est aisée, le droit du premier prime le droit du second. Mais il s'en faut que les choses se présentent toujours avec cette simplicité. Choisissons pour les examiner avec quelque détail les hypothèses qui peuvent le plus souvent se présenter en pratique.

307. Soit d'abord celle-ci : Jacques vend à Paul son immeuble A. L'acte est passé et a date certaine du 1er janvier 1864. Le 10 du même mois, Pierre, créancier de Jacques, fait conduire une saisie immobilière contre son débiteur sur l'immeuble A. La saisie est transcrite le même jour. Le 15 janvier, Paul fait transcrire son acte.

Lequel, du créancier saisissant ou de l'acquéreur, doit l'emporter ?

Sur cette question soumise récemment aux Cours de Caen et d'Angers, et tranchée par arrêts du 1er mai et du 1er décembre 1858, trois systèmes se sont produits :

Le premier système distingue si la saisie a été pratiquée par un créancier chirographaire ou par un créancier hypothécaire. Dans le premier cas, la vente doit l'emporter sur la saisie, parce que, dit-on, l'acquéreur est bien un *tiers ;* il a en face de lui un adversaire qui n'en est pas un dans le sens de l'article 3, puis-

qu'il est simple créancier d'une obligation personnelle ; celui-ci n'a pas de *jus in re ;* la vente, même non transcrite, peut donc lui être opposée. Il n'a la faculté de saisir que ce dont son débiteur peut se dire propriétaire, il est obligé de respecter les contrats qui ont légalement diminué son patrimoine.

Il en serait autrement, dit-on, si le créancier saisissant était inscrit hypothécairement sur l'immeuble. Ce serait un véritable tiers, nanti sur l'immeuble d'un droit réel, indépendant, quant à son origine, de la saisie qu'il a pratiquée. En cette qualité, il peut opposer à l'acquéreur le défaut de transcription. La vente n'a d'existence légale, elle n'est parfaite et consommée à l'égard des tiers, que par la transcription; ayant été transcrite après la saisie, elle doit être considérée elle-même comme postérieure à la transcription de la même saisie, et comme telle, elle se trouve frappée de nullité (1).

308. Deux autres opinions se sont produites. L'une et l'autre se donnent la main pour repousser la distinction introduite entre le créancier hypothécaire et le simple chirographaire; mais c'est en cela seulement qu'elles sont d'accord, car leurs conclusions finales sont entièrement opposées.

Tandis que l'une, dans l'hypothèse proposée, veut faire toujours prévaloir la vente sur la saisie, l'autre soutient que la vente est toujours primée par la saisie, qu'elle ait été conduite à la requête d'un créancier ou hypothécaire ou chirographaire.

Le système favorable à l'acquéreur et contraire au saisissant met hors de discussion le second cas ; pour lui le créancier chirographaire, avant comme après la transcription de la saisie, est et demeure en dehors de la catégorie des *tiers*. Quant au créancier hypothécaire, les défenseurs de cette opinion s'enfoncent dans une analyse subtile de sa condition juridique. Comme hypothécaire, disent-ils, c'est bien un *tiers* et il aurait

(1) Cour de Caen, 1er mai 1858, Gobard, *Dal. pér.* 1858, 2, 161, et *Journ. du Palais*.—Tribun. d'Altkirck... 1856. D. P. 58, 3, 61.—Cour de Besançon, 29 nov. 1858. D. P. 59, 2, 33. — Tribun. d'Altkirck, 18 mai 1858. D. P. 58, 3, 61.— Tribun. de Draguignan, 19 août 1859, aff. Gandiol.—Tribun. de Saverne, 30 mars 1860. D. P. 1861, 3e partie

le pouvoir d'opposer le défaut de transcription, mais comme créancier saisissant, et c'est la position qu'il a prise, il n'est plus un tiers ; la saisie ne se réfère point à son droit réel, mais bien à sa créance personnelle. C'est là le principal motif invoqué (1). Il en est d'autres toutefois ; et maintenant l'analyse va porter non plus sur le créancier, mais sur la nature de son droit. Il est bien vrai, dit-on, que le créancier hypothécaire inscrit a sur l'immeuble un droit réel, et que la vente non transcrite avant son inscription ne pourra lui être opposée, mais en ce sens seulement que cette vente ne portera aucune atteinte à son droit hypothécaire, et qu'ainsi il pourra faire saisir l'immeuble entre les mains de tout tiers détenteur, le faire vendre, et se faire payer sur le prix. Mais là s'arrête son droit, il ne va pas jusqu'à mettre obstacle à la disponibilité de l'immeuble entre les mains du débiteur : celui-ci peut donc le vendre même après la saisie opérée par le créancier hypothécaire, et, pourvu que la vente ait date certaine antérieure à la transcription du procès-verbal, elle produira tous ses effets, sauf le droit du créancier hypothécaire sur le prix, et sauf le droit qu'il a aussi de surenchérir du dixième.

Enfin, dit cette opinion, l'article 686 du Code de procédure civile, qui reconnaît au propriétaire saisi le droit d'aliéner utilement son immeuble jusqu'à la transcription de la saisie, ne fait aucune distinction ; il dispose aussi bien pour le cas où le saisissant est un créancier hypothécaire que pour le cas où il est simplement chirographaire, et, entre les parties contractantes, l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 ne change rien au régime antérieur (2).

309. Le troisième système développé par M. Bertauld, dans une dissertation insérée au *Journal du Palais*, soutient que, entre un acquéreur et un créancier saisissant, même simple chirographaire, la préférence est due à celui qui le premier a fait trans-

(1) Dalloz, v° *Transcr. hypothéc.*, n° 472 ; et *Rec. pér.*, 58. 2. 161.

(2) *Sic.* Angers, 1er décembre 1858, D. P. 59, 2, 33. — Cassat, 13 juin 1860, D. P. 60, 1, 352. — Tribunal de Dôle, 10 mars 1858, D. P. 58, 3, 61.

crire. Parmi les arguments invoqués à l'appui de ce système, il s'en trouve un, qui n'est qu'un argument négatif si l'on veut, mais qui n'en est pas moins embarrassant, car il met l'esprit dans une alternative pressante; et si l'on n'adopte point l'opinion qu'il étaie, on se trouve en face d'un résultat étrange, impossible, qui fuit dans les mains et qui se détruit lui-même. On suppose qu'un même immeuble a été l'objet d'une saisie et de deux ventes successives, l'une antérieure à la transcription du procès-verbal, mais non transcrite; l'autre postérieure à la transcription du procès-verbal, mais transcrite. Dans cette hypothèse, si l'on ne déclare pas que la saisie transcrite doit prévaloir, qu'arrivera-t-il? La première vente sera préférée à la saisie comme antérieure, mais, faute d'avoir été transcrite, elle cédera le pas à la seconde vente ; et, d'autre côté, la seconde vente ne sera point opposable au saisi.

Plus on étudie cette grave question, plus on aperçoit que toute la difficulté est là. Le droit conféré au saisissant hypothécaire ou chirographaire, par la saisie pratiquée et transcrite, est-il un droit réel qui fait de lui un *tiers* dans le sens de l'article 3?

Ce point éclairci, les autres objections seront bien facilement appréciées.

Si l'on décide que le saisissant reste et demeure titulaire d'un simple droit personnel, il en résultera :

1° Que le premier et le troisième systèmes tomberont certainement, en ce qui concerne le créancier chirographaire ;

2° Que l'objection embarrassante qu'invoque le troisième système sera écartée ; l'un des trois éléments du conflit disparaîtra. La saisie ne créant aucun droit réel, tombera en présence de la vente, même non transcrite, faite avant la transcription du procès-verbal de saisie. Dès lors, la lutte s'établira entre les deux ventes, et la première transcrite l'emportera ;

3° Que le créancier hypothécaire lui-même sera mis en danger, puisque son droit réel est considéré par le second système comme insuffisant pour lui conférer la qualité de tiers, et qu'il restera avec son droit personnel de saisissant.

Quelle est donc la vraie nature du droit transmis au créancier par la saisie?

Nous soutenons que c'est un droit réel, qui fait du créancier chirographaire un tiers et qui donne la même qualité au créancier hypothécaire, en supposant qu'il n'en fût pas déjà investi en vertu de son titre.

Nous puisons la justification de ce que nous venons d'avancer dans l'art. 686 du Code de procédure, qui porte que « la partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Certes voilà une modification profonde apportée au droit du propriétaire. Deux éléments lui sont laissés, en principe: *usus* et *fructus*; quant à l'*abusus*, il lui est enlevé. Or, nous demandons à qui passe ce droit arraché au propriétaire si ce n'est pas au créancier saisissant; la loi, sans doute, soumet l'exercice de ce droit à certaines conditions spéciales, mais ce droit lui-même, démembrement d'un droit réel, est et ne peut être qu'entre les mains du créancier. Oh! dit-on, déjà avec une certaine hésitation, l'argument n'est pas péremptoire (nous rapportons les propres paroles de M. Dalloz). *Il est, en effet, permis de penser* que si cet article annule les ventes faites par le saisi après la transcription du procès-verbal, ce n'est pas parce que le saisissant possède alors un droit réel sur l'immeuble, mais seulement parce que la publicité donnée à la saisie fait planer sur la vente postérieure une présomption de fraude. *On peut* ainsi ne voir dans l'art. 686 Code de procédure qu'une présomption de fraude. C'est là une erreur selon nous, erreur renversée par les solutions de la doctrine et de la jurisprudence. La preuve que l'art. 686 a eu en vue autre chose que la fraude possible ou probable du saisi; qu'elle a entendu atteindre le droit de propriété lui-même, c'est qu'elle paralyse ce droit dans les mains des copropriétaires du saisi. Avant la loi du 2 mai 1841 qui a remplacé la dénonciation de la saisie immobilière par la transcription du procès-verbal, il a été jugé que le saisi ne peut, avec le concours d'une personne qui s'est fait déclarer copropriétaire de l'immeuble formant l'objet de la

saisie, vendre cet immeuble sans l'assentissement du poursuivant (1).

Dira-t-on encore qu'il *est permis de penser* que cette décision a été rendue par crainte de la fraude et de la collusion entre le saisi et son nouveau copropriétaire ; en voici une autre de la Cour de cassation qui enlève cette ressource à nos adversaires, car la solution est la même et la fraude cette fois est impossible ; le titre de copropriétaire ne vient pas d'un contrat, mais d'un acte ancien et nécessaire. La Cour suprême a jugé que lorsque l'immeuble saisi est indivis, le *partage* fait entre le débiteur et ses copropriétaires doit être déclaré nul lorsqu'il est fait en l'absence du poursuivant (2).

Au point de vue qui nous occupe, le créancier chirographaire certainement, le créancier hypothécaire s'il ne l'est déjà, deviennent des *tiers*. Nous disons, *au point de vue* qui nous occupe, parce qu'à certains égards et dans certaines acceptions, le créancier chirographaire saisissant ne mérite peut-être pas cette qualification ; mais il est bien constaté : 1° que son droit est un droit réel sur l'immeuble ; 2° qu'il l'a conservé en se conformant aux lois. Il remplit les conditions exigées par l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 ; il doit en recueillir le bénéfice et porter, ces réserves faites, le nom de *tiers* qui lui est conféré.

Arrivons aux arguments de résultance qui découlent de cet argument capital, et nous verrons tomber pièce à pièce les défenses de chacun des deux systèmes que nous rejetons.

L'article 686, dit-on, est général : il permet au propriétaire saisi d'aliéner utilement son immeuble jusqu'à la transcription de la saisie, sans distinguer si le créancier poursuivant est hypothécaire ou chirographaire. — Cette disposition reste vraie entre les parties, mais depuis la loi de 1855 elle a cessé de l'être

(1) Lyon, 28 déc. 1810, aff. Aynard c. Lanchenich. V. MM. Carré, *Quest.* 2332; Berriat Saint-Prix, p. 580, note 1, n° 4; et Huet, p. 152.

(2) Cassat., 11 nov. 1840. Aff. Baudouin. MM. Carré et Chauveau, *Quest.* 2292; Lachaize, t. I, n° 266.

vis-à-vis des tiers et par conséquent vis-à-vis des créanciers saisissants qui ont fait transcrire.

L'inscription hypothécaire ne confère au créancier que le droit de poursuivre l'acquéreur en paiement de la dette jusqu'à concurrence du prix de l'immeuble, et le droit de surenchérir; elle ne frappe pas le bien d'indisponibilité.—Cette analyse et ces définitions importent peu. L'hypothèque est un droit réel sur l'immeuble ; celui qui en est titulaire et qui l'a conservé utilement est un tiers; il peut opposer le défaut de transcription, quelle que soit la nature et l'extension de ce droit réel ; l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, disons-nous à notre tour, est général et ne distingue pas.

On insiste en paraissant faire une concession : Admettons, disent nos adversaires, que la transcription ait la vertu de faire subir au droit du saisissant une véritable métamorphose; pour qu'il en soit ainsi, une condition est nécessaire : c'est que la transcription ait pu être utilement faite. Or, on soutient que, du moment où il existait une vente, même non transcrite, la transcription de la saisie n'a pu être utilement faite. Supposons en effet qu'au moment de la saisie la vente existât déjà. Cette vente était non avenue vis-à-vis des tiers, mais elle était parfaitement valable à l'égard du vendeur et de ses ayant-cause. Ainsi, vis-à-vis des créanciers du vendeur, qui ne sont que ses ayant-cause, l'immeuble avait cessé d'être dans son patrimoine. La saisie qu'ils en ont faite ensuite a donc été, dans le principe, radicalement nulle, comme s'appliquant à un objet sur lequel ils n'avaient aucune action. Or la transcription d'une telle saisie ne peut produire aucun effet.

Pas une proposition de ce long raisonnement qui ne contienne une erreur ou une pétition de principe. Prenons l'hypothèse dans chacune de ses phases. Que trouvons-nous d'abord? Une vente non transcrite, puis une saisie non transcrite. En s'arrêtant là, tout ce que nous avons rapporté est vrai, nous le reconnaissons. Le vendeur aura l'avantage pour deux raisons : d'abord, parce que l'acquéreur a un droit réel, parfait vis-à-vis de son vendeur, et qu'il n'a en face de lui qu'un ayant-cause de ce

même vendeur; ensuite, parce que son titre est antérieur au titre encore tout personnel du créancier. De tiers, auxquels il ne pourrait point opposer sa vente non transcrite, il n'en existe aucun. Mais le créancier saisissant fait transcrire sa saisie; tout change d'aspect; il existe un tiers, il existe un titre d'où découle pour lui un droit réel; ce droit réel est conservé en même temps qu'il est créé. Quant à l'acquéreur, son impuissance dérive maintenant d'une triple raison : 1° de ce que la saisie a été faite avant son acquisition; entendons-nous, avant son acquisition rendue complète par la publicité, et par conséquent de ce que cette saisie a été valablement faite à son encontre; 2° de ce que le saisissant a conservé son droit réel en se conformant aux lois; 3° de ce que l'acquéreur, au contraire, n'a pas conservé son droit réel existant seulement vis-à-vis de son vendeur, et de ce qu'il n'y a songé que tardivement, après qu'un autre droit avait été rendu opposable à lui comme à tous.

Inutile de dire que l'objection opposée à nos contradicteurs par M. Bertauld reste dans toute sa force et les renferme dans une impasse d'où leurs efforts ne les peuvent dégager. Pour arriver à mettre en présence les deux ventes seulement, il faut considérer le créancier saisissant qui a transcrit comme destitué de tout droit réel, point bien démontré faux, si nous ne nous abusons. Les trois actes, vente non transcrite, saisie transcrite et vente transcrite sont bien en présence, et chacun d'eux n'est un moment victorieux des deux autres que pour être aussitôt vaincu par le troisième.

De cet examen, nous concluons qu'une vente d'immeubles, bien que faite par acte authentique, ne peut prévaloir contre la saisie de ces immeubles opérée le même jour ou postérieurement à la requête d'un créancier hypothécaire ou chirographaire, si elle n'a été transcrite qu'après la transcription de la saisie (1).

310. Un autre grave problème a été posé relativement à

(1) Un jugement du tribunal de Nancy, du 8 décembre 1856, aff. Antoine c. Brus, paraît se rallier à cette doctrine. D. P. 58, 3, 61.

l'application de notre article 3. Si un commerçant a vendu un immeuble à une époque où il pouvait valablement vendre, et qu'il soit ensuite déclaré en faillite avant la transcription de l'acte d'aliénation, la transcription faite après le jugement déclaratif de la faillite, sera-t-elle opposable à la masse ? Cette question déjà discutée sous le Code Napoléon en matière de donation (1), doit être examinée sous la loi du 23 mars 1855, relativement aux aliénations à titre onéreux. Ici encore trois opinions se sont produites : la première regarde la transcription de la vente comme inefficace, lorsqu'elle intervient avant le jugement déclaratif, mais depuis l'époque à laquelle le Tribunal de commerce a fait remonter l'ouverture de la faillite, ou dans les dix jours qui ont précédé, quoique l'acte sujet à transcription fût antérieur.

Ce système confond évidemment la transcription elle-même avec l'acte qui y est assujetti. Sous le nouveau Code de commerce, le dessaisissement du failli est opéré par le jugement déclaratif de faillite, à partir de la date de ce jugement. Il en résulte qu'auparavant, les créanciers chirographaires de la faillite, qui, à la différence de ce qui existe dans le cas de saisie, ne sont investis d'aucun droit réel sur les immeubles du failli, n'ont pas qualité pour opposer le défaut de transcription.

Une autre opinion est entièrement favorable à l'acquéreur; elle refuse d'une façon absolue aux créanciers de la faillite le droit d'exciper du défaut de transcription, nonobstant l'inscription hypothécaire que les syndics doivent prendre au profit de la masse sur les biens du failli ; s'il faut en croire les rares partisans de ce système, l'inscription, dans ce cas, n'est qu'une formalité destinée à rendre la faillite plus notoire, elle ne confère aucun droit réel aux créanciers.

Nous écartons ces solutions extrêmes, et pour nous le doute sérieux ne peut exister que sur la fixation du moment où naît, pour les créanciers, le droit de se prévaloir du défaut de trans-

(1) M. Demolombe. *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nos 303 et 304.

cription. Il faut décider, selon nous, que c'est à partir du jugement déclaratif de faillite, parce qu'il opère le dessaisissement du débiteur au profit des créanciers. On objecte que le seul droit transmis aux créanciers est celui résultant de l'hypothèque, et que, par conséquent, tant que l'inscription n'en a pas été prise, elle est inopposable à l'acquéreur. Nous ne pouvons admettre ceci. Sans doute, le jugement déclaratif de faillite n'a pas pour effet de transmettre aux créanciers la propriété intégrale des immeubles de leur débiteur; mais, d'après nous, ils reçoivent plusieurs éléments de ce droit, éléments qui constituent un droit réel *sui generis*, et suffisent pour leur donner incontinent la qualité de *tiers*. Nous assimilons les effets du dessaisissement aux effets de la saisie quant à l'influence qu'ils exercent sur la situation juridique des créanciers. Cette assimilation est faite par nos contradicteurs eux-mêmes, mais la divergence d'opinion dans la question de la saisie d'où nous venons de sortir, entraîne logiquement la même opposition d'idées dans la question qui nous occupe. Il serait oiseux de revenir sur l'analyse du droit transmis aux créanciers. Ici, comme précédemment, nous croyons que ce droit, indépendamment de l'hypothèque, est *réel* et permet aux titulaires d'invoquer l'article 3 de la loi du 23 mars 1855.

311. Les conflits que nous venons de signaler existent entre personnes dont le titre n'est pas de même nature. Les mêmes questions se présentent entre personnes dont les titres sont semblables, entre deux ou un plus grand nombre d'acquéreurs successifs d'un même immeuble. On doit tout d'abord se préoccuper d'un point qui domine toutes ces controverses, je veux parler de la bonne foi de celui qui oppose le défaut de transcription. Doit-elle être exigée pour que la prétention de ce dernier puisse être accueillie?

Un immeuble a été vendu et l'acte n'a pas été transcrit. Un second acquéreur se présente; il a connaissance de la première aliénation, il tombe d'accord sur la chose et le prix avec le vendeur, puis fait transcrire. Pourra-t-il repousser le premier acheteur? Que son action soit malhonnête, cela est évident; mais que décider suivant le for extérieur?

L'équité, dont il ne faut pas trop médire, mais qu'il ne faut point mettre au-dessus de la loi au risque de tomber dans des malheurs plus grands que ceux que l'on veut éviter, l'équité a déjà inspiré à la jurisprudence une distinction peu goûtée de la doctrine (1). On décide en général que le défaut de transcription ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la simple connaissance personnelle que les tiers qui l'invoquent auraient eue de l'acte non transcrit; mais on recule à appliquer cette solution si le second acheteur a été présent à la première vente; si, par exemple, il en a signé l'acte, soit comme témoin, soit comme notaire. La règle et l'exception se justifient au point de vue du droit et de la raison. La règle, parce qu'elle est conforme aux précédents historiques et aux solutions analogues données par le Code Napoléon. Proclamée par l'article 33 du titre 2 de l'ordonnance de 1747 sur l'insinuation, elle a été reproduite d'une manière générale par l'article 1071 du Code Napoléon et consacrée par la jurisprudence sous l'empire de la loi de brumaire an VII (2), de même que sous le Code Napoléon, en matière d'inscription hypothécaire et de donation. La loi du 23 mars 1855 doit faire présumer, par son silence, qu'elle a adopté le principe. Un arrêt récent de la Cour de cassation, s'appuyant sur cette seule considération que la fraude fait exception à toutes les règles, a décidé que la simple connaissance par le second acheteur d'une vente antérieure doit le faire considérer comme complice du stellionnat commis par le vendeur, et comme déchu du droit d'opposer le défaut de transcription (3). Nous ne saurions admettre cette décision, d'abord parce que, si l'action du second acheteur est indélicate en morale, elle nous semble pure de fraude, au sens juridique du mot. La loi lui offre un avantage, il en profite; comment serait-il coupable aux yeux de la loi d'avoir suivi une voie qu'elle lui ouvre ? Il n'est pas non plus exact de dire que le second acheteur est le complice du vendeur.

(1) V. Mourlon, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, n° 453.

(2) Cassat., 3 thermidor an XIII, aff. Girard; Rennes, 12 août 1818; Bruxelles, 3 avr. 1830; Grenoble, 14 juillet 1824; Nimes, 27 juin 1842.

(3) Cassat., 8 déc. 1858. Aff. Hunaut c. Hunaut. D. P. 59. 1. 184.

Il ne le serait point dans le cas où ils ne se seraient pas réciproquement fait connaître leur mauvaise foi, et où l'acheteur eût dissimulé au vendeur la connaissance qu'il avait de la vente précédente. La complicité suppose non-seulement la connaissance séparée du méfait par chacun de ceux qui l'exécutent ou aident à l'exécuter ; elle suppose un concert entre eux et la connaissance par chacun de la coopération de tous les autres.

Le motif qui a paru déterminant sous l'ancien droit, qui doit l'être sous le nouveau, est la difficulté de prouver la connaissance de la première vente par le second acheteur, et le danger de procès nombreux et douteux. Mais ce motif, que nous admettons, justifie entièrement l'exception que nous proposons pour le cas où le second acheteur aurait assisté au premier acte, où il l'aurait signé comme témoin, comme notaire. Loin que la fraude soit difficile à prouver, on en a la constatation matérielle ou authentique. J'ajoute qu'ici la fraude existe bien réellement puisque, témoin ou notaire, le second acheteur abuse de la confiance qu'a eue en lui le premier acquéreur, et viole l'engagement tacite qu'il avait pris par sa présence ou son concours à la formation du droit, de ne rien faire pour l'anéantir au détriment de celui qui l'avait choisi ou appelé.

312. Supposons maintenant que la fraude ou la mauvaise foi soient absentes et occupons-nous du conflit qui peut exister entre plusieurs acheteurs. La question générale est de savoir si, lorsqu'il existe plusieurs ventes successives et non transcrites d'un même immeuble, la transcription du dernier contrat suffit pour affranchir l'immeuble de tous les droits réels existant du chef des anciens propriétaires et qui n'ont pas été rendus publics avant cette transcription.

Pendant la discussion de la loi, un membre provoqua sur ce point les explications du rapporteur et du commissaire du Gouvernement. Ni l'un ni l'autre ne répondirent. Ils motivèrent leur silence sur ce que cette question du régime hypothécaire appartenait depuis longtemps à la doctrine et à la jurisprudence, et qu'il ne leur appartenait pas, à eux, de la trancher. Le scrupule n'était-il pas excessif, et puisque la question se présentait en

matière de vente, le législateur n'eût-il pas été dans son droit en faisant connaître les intentions et la portée de la loi élaborée? Un autre membre cependant, auquel il ne fut pas répondu, déclara : « que la question lui paraissait résolue par la loi nouvelle, qui disait clairement que la transcription opère la purge à l'égard de tous ceux qui n'ont pas fait inscrire antérieurement leurs droits.

Cette solution, quoi qu'en ait dit un auteur (1), doit être suivie. — Il ne faut pas confondre les choses différentes que la pauvreté du langage nous force de désigner par le même mot. La transcription du Code de procédure civile, sur la nature de laquelle s'appuie l'auteur dont nous venons de parler, n'est pas la transcription de la loi de 1855. La première était une simple mise en demeure des créanciers retardataires d'avoir à s'inscrire; la seconde est précisément le contraire, c'est une exception à invoquer contre eux. Leurs hypothèques sur l'immeuble étaient-elles inscrites lors de la transcription, elles ne peuvent être purgées que par les notifications prescrites par l'article 2183, Code Nap.; au contraire, ces hypothèques n'étaient-elles pas inscrites lors de la transcription, la loi les frappe de déchéance. La solution que nous adoptons est imposée aussi par le texte de la loi. L'article 3, rapproché de l'article 6, qui abroge les articles 834 et 835 du Code de procédure, prouve bien que la seule transcription du dernier contrat de vente, alors même qu'il ne contiendrait pas les noms des anciens propriétaires, purge toutes les hypothèques conférées par ceux-ci et qui ne seraient pas inscrites au moment de la transcription.

Il existe d'autres motifs spéciaux aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter. Empruntons-en quelques-unes à la doctrine :

Le 1er mai 1855, Pierre vend à Primus un immeuble; celui-ci ne fait pas transcrire son contrat. Le 20 septembre 1856, Primus revend cet immeuble à Secundus, qui fait transcrire le 25 du même mois. Mais antérieurement, et dès le 15 mai 1855, Pierre

(1) M. Ducruet. *Études sur la Transcription.*

le vendeur originaire, avait vendu une seconde fois le même immeuble à Tertius, qui ne fait transcrire son titre que lorsque déjà Secundus avait fait transcrire le sien. On demande lequel de Secundus ou de Tertius doit être préféré?

Il ne faut pas hésiter à se prononcer en faveur de Secundus; Tertius objecte que Secundus n'est que l'ayant-cause de Primus à qui, lui, Tertius pourrait opposer sa transcription. Cela est inexact, Secundus réunit les conditions exigées par l'art. 3. *Il a des droits sur l'immeuble*, droits qu'il tient de Primus, qui les tenait du vrai propriétaire. Ces droits *il les a conservés en se conformant aux lois*, puisqu'il a fait transcrire son titre; et quant aux titres des propriétaires antérieurs à lui, on ne saurait trouver trace de cette obligation dans la loi. Ajoutons que si Secundus succombait, ce serait par le fait ou la négligence de Tertius. Si celui-ci avait fait transcrire, l'autre eût été averti, il n'eût pas acquis un droit dont en réalité il était forcé de reconnaître l'efficacité apparente, le registre public ne contenant aucune charge ou aliénation de l'immeuble.

313. Modifions l'hypothèse en conservant les mêmes noms. *Quid*, si Tertius a acheté de Pierre, lorsque déjà Secundus a transcrit la vente que Primus lui avait faite?

Une opinion distingue: si la transcription faite par Secundus contient l'indication des précédents vendeurs, elle admet avec tout le monde que cette transcription est suffisante, et qu'il est inutile d'imposer les frais de transcriptions multiples.

Que si, au contraire, la transcription faite par Secundus est muette sur l'existence des actes précédents, cette opinion estime que ces actes eux-mêmes doivent être transcrits; faute de quoi Secundus ne sera pas recevable à opposer ses droits à ceux de Tertius. Commençons par l'argument le plus considérable invoqué par les défenseurs de ce système, inadmissible selon nous. Pour établir que Secundus aurait dû faire transcrire le contrat de Primus en même temps que le sien, on dit que Tertius n'avait pas d'autre moyen de connaître la vente que Pierre avait faite à Primus. Cela est vrai, nous le reconnaissons; l'inconvénient existe et Tertius a le droit de s'en prendre à la loi, mais à elle

seule; il n'a aucun reproche à adresser à Secundus; en faisant transcrire son titre, il s'est littéralement conformé à la loi qui ne lui imposait pas, et ne pouvait pas lui imposer l'obligation de faire transcrire avec son titre ceux de tous les propriétaires antérieurs. L'inconvénient ne pourrait être évité que par un emprunt fait au mode de publicité employé en Allemagne, et qui consiste, nous l'avons vu, à opérer la transcription non sur le propriétaire, mais sur l'immeuble même.

On met encore dans la bouche de Tertius ce raisonnement: Secundus est au lieu et place de Primus, il n'a pas plus de droits que lui. Or, Primus n'aurait eu contre moi l'exercice utile du droit de propriété que s'il avait transcrit son contrat; ce qu'il n'a pas fait. D'un autre côté, il n'a transmis la propriété à Secundus que sous la condition de la rendre efficace à mon égard, comme il aurait dû le faire lui-même. Donc en ne transcrivant pas le contrat de son auteur, Secundus a lui-même infirmé le principe et le fondement de son droit. — Le vice de cette argumentation a déjà été signalé dans l'examen de la question qui précède. Il est au point de départ, et consiste en ce qu'on donne à Secundus, vis-à-vis de Tertius, la qualité d'ayant-cause de Primus, tandis qu'il réunit toutes les qualités exigées par l'article 3 pour les tiers.

La dernière raison invoquée est que Primus a transmis la propriété à Secundus sous la condition de la rendre efficace à l'égard de Tertius, comme aurait dû le faire Primus lui-même. — Cette assertion est inadmissible. L'obligation qu'on fait peser sur Primus ne venait que de son intérêt propre et personnel: n'ayant pas transmis évidemment cette source de l'obligation à Secundus, ce dernier ne peut pas y être soumis.

314. Dans le cours de ces dernières controverses un grand principe de droit a été invoqué, à savoir: que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue. Cet axiome consacré par l'art. 2182 du Code Napoléon n'a point été détruit par la loi du 23 mars 1855. Il continue d'exister et de servir de moyen de décision dans plusieurs hypothèses. Celui qui, au cours d'un procès en

revendication d'un immeuble, intenté contre le possesseur par un tiers, achèterait de ce possesseur l'immeuble litigieux et ferait immédiatement transcrire son acte d'acquisition, ne pourrait opposer cette transcription au revendiquant qui aurait ultérieurement fait condamner le possesseur à lui délaisser l'immeuble. Le jugement remonte par ses effets à la demande elle-même et anéantit tous les droits qu'on aurait tenté de créer dans l'intervalle. Comme acte déclaratif, un tel jugement a une efficacité absolue et indépendante de la transcription qu'on en pourrait opérer, mais qui n'est point nécessaire.

315. Une autre hypothèse a été présentée; Primus vend un immeuble à Secundus qui ne transcrit pas. Primus refusant d'exécuter le marché, Secundus l'actionne en délivrance de l'immeuble. Pendant l'instance, Primus revend ce même immeuble à Tertius, qui, ignorant le procès, achète de bonne foi et fait transcrire. On décide alors que la position de Tertius est assurée, parce que le jugement qui interviendra au profit du premier acquéreur, ne peut en rien importer au second acheteur. Le droit de propriété du vendeur non plus que la première vente ne sont contestés. Mais Secundus n'ayant pas transcrit et n'ayant pas rompu à l'égard des tiers le lien qui unissait Primus à la chose, toute la procédure qu'il a suivie est inutile, et le sort des deux acquisitions ne pourra être et ne sera réglé que par la transcription.

Le dernier acquéreur pourrait encore se prévaloir du défaut de transcription dans le cas suivant. Un propriétaire décède après avoir vendu son immeuble à un premier acheteur qui ne fait pas transcrire. L'héritier du vendeur, ignorant la vente, se met en possession de l'immeuble; il est actionné en délaissement. Durant l'instance, il vend le même immeuble à un second acheteur qui fait transcrire. Si celui-ci avait acheté du *de cujus* lui-même, il serait certainement préféré, aux termes de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855. Or rien, pas même le jugement rendu contre l'héritier au profit du premier acheteur qui n'a pas fait transcrire, rien ne peut faire que tout ne se passe vis-à-vis du second acheteur, comme s'il avait acheté du propriété-

taire défunt, puisqu'il tient ses droits de son héritier, de celui qui le représente, et qui ne fait que continuer sa personne juridique.

Une autre vérité, consacrée par de nombreux arrêts sous l'empire de la loi de brumaire an VII, doit être acceptée sous le régime nouveau, à savoir : que la transcription d'un acte ne couvre pas les vices de fraude que renferme cet acte et qui peuvent servir de base aux tribunaux pour en prononcer l'annulation ; et à plus forte raison ne peut-elle pas avoir pour effet de le purger des nullités radicales dont il est infecté (1).

316. — Il est un dernier point de vue sous lequel nous devons examiner le conflit qui peut s'élever entre plusieurs transcriptions. Je veux parler du temps où elles ont été opérées, de leurs dates respectives. Toutes autres difficultés écartées, la règle est aisée à formuler et à appliquer. La transcription la plus ancienne prévaut sur la plus récente. Il est cependant des cas exceptionnels, il est vrai, mais possibles après tout, où l'hésitation est permise, prenons-en deux principaux.

Deux acquéreurs d'un même immeuble ont transcrit le même jour. Auquel des deux accorder la préférence ? La question est simple d'aspect, et pourtant elle a été résolue de trois manières différentes : l'art. 2147 avait prévu le cas pour deux inscriptions faites le même jour, et il décide que « tous les créanciers, inscrits le même jour exercent en concurrence, une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur. » Mais ce texte ne peut être ici d'aucun secours, car la concurrence n'est pas possible entre deux actes qui s'excluent. Comment sortir de cet embarras ? Les uns, après examen attentif, ne trouvant dans la loi aucun élément de décision, se déterminent par des raisons qui lui sont étrangères. Comme il n'y a, dans cette opinion, aucune raison de faire prévaloir une transcription

(1) V. Ch. des req., 19 nivôse an XII, aff. Kushne. — 17 prairial an XIII, aff. Boudil. V. aussi MERLIN, *Questions de droit*, v° *Expropriation forcée*, § 2, n°s 1 et 2.

sur l'autre, on doit préférer l'acquéreur dont le titre est le plus ancien : *prior tempore potior jure*. Fort bien, mais que dire si les contrats sont de même date ? Ce sera, répond-on, celui des acquéreurs qui aura été mis en possession qui devra obtenir la préférence : *in pari causa, melior est causa possidentis*. Et si ni l'un ni l'autre n'avaient été mis en possession ? Arrivés là, les honorables partisans de ce premier système, ne connaissant aucun aphorisme latin qui prévoie le cas, ne répondent plus, et proclament la difficulté juridiquement insoluble.

Est-il donc vrai qu'elle le soit et qu'il n'existe pas pour l'ancienne transcription une règle qui ne puisse tout naturellement être empruntée au Code Napoléon et appliquée à la transcription nouvelle ? Ne peut-on pas recourir à la disposition de l'art. 2200 ?

« Les conservateurs, dit ce texte, seront tenus d'avoir un registre sur lequel ils inscriront jour par jour, et par *ordre numérique*, les remises qui leur seront faites d'actes de mutation pour être transcrits, ou de bordereaux pour être inscrits ; ils donneront au requérant une reconnaissance sur papier timbré qui rappellera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite, et ils ne pourront transcrire les actes de mutation ni inscrire les bordereaux sur les registres à ce destinés qu'à *la date et dans l'ordre des remises qui leur en auront été faites.* »

Ces derniers mots n'indiquent-ils pas le moyen de trancher la question de préférence entre deux acquéreurs qui ont fait transcrire le même jour, et d'ailleurs les indications fournies par le registre de dépôt du conservateur ne présentent-elles pas des garanties de véracité bien suffisantes ?

Ces deux dernières opinions s'accordent pour reconnaître que c'est à ce registre qu'il faut se reporter pour trancher le différend ; mais elles se séparent et se distinguent par une nuance sur le degré d'autorité que doivent avoir les indications de ce registre. L'une leur en concède fort peu ; elles seraient pour le juge un simple élément de conviction, sur lequel il ne devrait s'arrêter qu'autant que rien ne se présenterait à son esprit qui soit de nature à l'infirmer.

L'autre opinion veut qu'elles constituent une présomption. L'acquéreur inscrit en second, par ordre numérique, pourra les combattre sans doute, il sera recevable à prouver que la priorité donnée à son adversaire est le résultat de l'erreur ou de la fraude; mais ce sera à celui qui alléguera l'erreur ou la fraude à les démontrer, et s'il n'y réussit, le registre restera un véritable titre qui s'imposera au juge.

C'est à ce dernier parti que nous nous en tiendrons; l'autorité demandée pour le registre de dépôt n'est vraiment pas exagérée quand on songe au caractère du fonctionnaire qui le tient, et à la garantie donnée aux requérants par le récépissé qui leur est remis, et qui indique le numéro d'ordre de leur dépôt de pièces.

317. Nous estimons que ces indications du registre de dépôt devraient encore de la même manière trancher le conflit existant entre un acquéreur et un créancier hypothécaire qui auraient transcrit et pris inscription le même jour. Cette question, assez délicate d'ailleurs, s'est déjà présentée en pratique et a été résolue en sens divers. Un jugement du Tribunal civil d'Arras, du 5 juillet 1860 (aff. Bruguet), s'est prononcé dans le sens de l'opinion que nous croyons vraie. Un autre jugement, du Tribunal civil de Bagnères-de-Bigorre, du 24 février 1859 (aff. N....), décide au contraire qu'il faut donner l'avantage à l'inscription, dont le titre originaire est nécessairement, et sous peine d'être nul, antérieur à la vente. Nous avons dit, et nous ne répéterons point, pourquoi la date des titres ne doit point être prise en considération.

318. Nous passons à l'étude des effets de la transcription et du défaut de transcription sur les droits résultant des baux soumis au régime de publicité, et sur les quittances et cessions de loyers ou de fermages non échus pour plus de quatre années. En ce qui concerne les baux, le preneur peut se trouver en conflit avec un acquéreur, avec un second preneur, avec un créancier hypothécaire.

On se rappelle que les baux non transcrits ne peuvent jamais être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble loué ou affermé, et qui les ont

conservés en se conformant aux lois. Ce principe de notre article 3, rapproché de la nature du droit qui appartient au preneur, nous conduit à la question suivante :

Lorsqu'un immeuble est vendu et que, postérieurement à la vente, il est donné à bail par le vendeur, quelle est la condition de l'acheteur? Doit-il subir le bail, s'il n'a fait transcrire son titre qu'après que le preneur avait déjà fait transcrire le sien? En d'autres termes, le preneur qui a fait transcrire son titre peut-il opposer à l'acquéreur qui ne s'est pas mis en règle la clandestinité de son acquisition? La négative nous paraît être la conséquence nécessaire du parti que nous avons pris dans la question relative à la nature du droit du preneur. Ce droit étant selon nous personnel, il ne peut rentrer dans la classe des *droits sur l'immeuble* dont parle l'art. 2. La vente, quoique non transcrite, peut donc être opposée au preneur; elle produit vis-à-vis de lui tous les effets qui lui sont propres d'après le Code Napoléon.

Il résulte de cette solution que si le même propriétaire a consenti successivement, au profit de deux preneurs différents, deux baux de plus de dix-huit ans chacun, la question de savoir lequel des deux doit être préféré à l'autre, ne pourra pas davantage être résolue suivant l'ordre des transcriptions. L'impuissance du preneur vis-à-vis d'un second preneur est la même, et procède de la même cause que son impuissance vis-à-vis d'un acquéreur.

Si l'on considère le cas où le preneur est aux prises avec un créancier hypothécaire, trois hypothèses se présentent à l'esprit, dans lesquelles il s'agit de savoir pendant combien de temps le créancier devra subir la durée du bail?

Si le bail a été passé et transcrit avant l'inscription de l'hypothèque, aucune controverse n'est possible, le créancier le devra subir tout entier, si longue qu'en soit la durée.

Si le bail a été passé antérieurement à l'acte constitutif de l'hypothèque, mais transcrit postérieurement à l'inscription qui l'a conservée, le créancier hypothécaire aura le droit, si le bail dépasse dix-huit ans, de le ramener à cette limite, en pre-

nant pour point de départ, selon nous, l'adjudication qui a terminé les poursuites.

Dans le cas où le bail a été à la fois passé et transcrit postérieurement à l'inscription de l'hypothèque, trois solutions sont possibles. Cette question n'est pas nouvelle dans notre droit. Elle était vivement débattue sous l'empire de l'art. 684 du Code de procédure civile, relativement aux baux qui n'ont pas acquis date certaine avant la saisie. On demanda, lors de la discussion préparatoire, qu'elle fût nettement résolue. Mais ce vœu si raisonnable ne fut pas exaucé, et les systèmes les plus divers purent se former. Deux prirent naissance dans l'enceinte même de la Chambre.

L'un soutint que les baux postérieurs à l'inscription de l'hypothèque ne peuvent avoir aucun effet. Ce système ne devait pas trouver d'autres partisans que son auteur.

L'autre prétendait que les baux transcrits sont opposables, pour toute leur durée, si longue qu'elle soit, aux créanciers inscrits antérieurement à leur transcription (1). C'est à cet avis que nous nous rangeons. Une opinion intermédiaire s'est produite depuis, et concède au créancier hypothécaire le droit de limiter le bail à dix-huit ans ou même de le ramener aux termes d'un bail de simple administration, et de le réduire à neuf ans. Quels que soient les efforts tentés par ce système mixte, il ne répond pas, suivant nous, d'une manière satisfaisante à cet argument de la précédente opinion. La loi déclare, par un *à contrario* que personne ne conteste, que les baux transcrits sont opposables aux tiers. Elle ne fait ni distinction en faveur de certains tiers, ni restriction de temps. Donc les baux transcrits produisent leur plein et entier effet, pour toute leur durée, envers tous les tiers.

319. Les quittances et cessions de loyers ou de fermages non échus ne peuvent, quand la somme reçue ou cédée représente les revenus de trois années, être opposées ni pour le tout, ni même pour partie suivant nous, aux tiers qui ont

(1) Rivière et Huguet, *Questions*, n° 219 et suiv.

des droits sur l'immeuble loué ou affermé, et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Une question qui se rattache à ce principe et qui met en jeu la théorie compliquée des droits du créancier hypothécaire sur les fruits naturels ou civils de l'immeuble hypothéqué, s'est présentée devant les tribunaux. La Cour de cassation, appelée à se prononcer, a jugé que la transcription de la saisie d'un immeuble frappé d'immobilisation, en faveur des créanciers inscrits, les loyers et fermages à échoir, même cédés ou délégués par le débiteur antérieurement à cette transcription, si la cession ou la délégation qui en a été faite est postérieure aux droits de ces créanciers (1).

SECTION DEUXIÈME.

EFFETS DE LA PUBLICITÉ SUR L'INSCRIPTION DES PRIVILÉGES RÉSULTANT DES ARTICLES 2108 ET 2109, ET SUR L'INSCRIPTION DES HYPOTHÈQUES RÉSULTANT DES ARTICLES 2123, 2127 ET 2129 DU CODE NAPOLÉON.

320. La loi du 23 mars 1855 a profondément changé le mode de conservation des priviléges et hypothèques, tel que l'avaient organisé les Codes promulgués de 1804 à 1810.

Les modifications apportées sont contenues dans une règle générale et dans plusieurs exceptions.

La règle est énoncée dans les alinéas premier et troisième de l'article 6.

Les exceptions relatives aux priviléges se trouvent dans le second alinéa du même article.

Les exceptions relatives aux hypothèques sont formulées dans l'article 8.

Dans la présente section, l'on s'occupera de la règle d'abord (§ 1er), puis des exceptions portant sur les priviléges (§ 2e). Une section spéciale sera consacrée aux exceptions relatives aux hypothèques.

(1) Cassat., 23 mai 1859. Aff. Soulé c. Monnier. D. P. 59. 1. 433.

Avant d'arriver aux détails, un exposé d'ensemble nous paraît utile.

On se rappelle les précédents. La loi de brumaire an VII décidait que la seule transcription purge l'immeuble des droits réels concédés, mais qui, avant cette formalité, n'avaient pas été publiés. Les rédacteurs du Code Napoléon, ayant détruit ou au moins laissé mourir la transcription, il s'ensuivit que la date seule du contrat mit obstable à l'établissement, par le vendeur, de droits réels sur l'immeuble. Ce système clandestin était rempli d'inconvénients fort graves et bientôt reconnus.

Vint la rédaction du Code de procédure, et une pensée fiscale produisit une amélioration vraie du système hypothécaire. Les articles 834 et 835 accordèrent aux créanciers du vendeur un délai de quinze jours, à partir de la transcription de l'acte translatif, pour inscrire valablement leurs priviléges et hypothèques sur l'immeuble appartenant naguère à leur débiteur.—La loi du 23 mars 1855 a abrogé formellement ces deux textes, et revenant au principe consacré par la loi de brumaire an VII, a décidé qu'à partir de la transcription, aucune hypothèque ou privilége ne pourrait être inscrit du chef du précédent propriétaire. Ce point ne passa point sans opposition. D'excellents esprits, d'accord en cela avec l'Assemblée législative de 1850, se prononcèrent en faveur du maintien des articles 834 et 835 du Code de procédure. L'opinion contraire prévalut néanmoins, invoquant la nécessité de promulguer une loi harmonique, et affirmant que, si la transcription d'une vente ne laisse plus de place pour la transcription de ventes antérieures, il y a identité de raisons, par application du principe de publicité, pour ne tenir compte que des droits hypothécaires qui se seraient révélés par des inscriptions prises avant la transcription. Quoi qu'il en soit, la règle existe.

A quels priviléges s'applique-t-elle?.... Nous répondons : à tous les priviléges, sauf ceux du copartageant et du vendeur. A quelles hypothèques ? A toutes les hypothèques conventionnelles judiciaires et même légales, qui sont soumises à l'inscription. Celles qui n'y sont point soumises restent naturellement hors la portée de notre article 6, §§ 1 et 3.

Il y a là dans la loi une incohérence et un manque de logique qui frappe les yeux et qu'il suffit de rappeler. Les hypothèques légales non sujettes à inscription ne tombent point sous le coup de l'article 6, et, comme nous le verrons par la suite (section IV), la loi établit un mode particulier de les purger; ne fallait-il pas de toute nécessité user de la même prévoyance pour les priviléges non soumis à inscription, ceux de l'art. 2101, ou au moins, comme l'avait fait le Code de procédure, laisser aux créanciers un délai pour s'inscrire à peine de déchéance? Au lieu de cela, on déclare ces créanciers, sans mise en demeure préalable, déchus de leurs priviléges (au moins vis-à-vis de l'acquéreur), faute d'inscription. On leur fait ainsi porter la peine d'une négligence qu'ils n'ont pas commise.

Nous arrivons aux détails.

§ 1er.

Étendue de la règle contenue en l'article 6.

321. Nous examinerons l'étendue d'applicabilité de la règle générale en ce qui concerne: A d'abord les priviléges, B puis les hypothèques.

A. — 322. Les §§ 1 et 3 de l'article 6 s'appliquent en premier lieu aux priviléges dont nous venons de parler, ceux de l'article 2101. Si cela est fâcheux, ce n'en est pas moins certain, car la loi ne fait aucune distinction. Il en résulte que si la transcription de la vente intervient avant que ces priviléges n'aient été inscrits, l'acquéreur se trouvera, en ce qui concerne les créanciers, à l'abri de l'action hypothécaire. Ceux-ci n'auront conservé que le droit de se présenter à l'ordre, tant que le prix n'aura pas été distribué.

Il en est de même du privilége accordé par l'article 2103 (nos 4 et 5) du Code Napoléon, au constructeur et au bailleur de fonds. Ce privilége rentre tout naturellement et sans que la logique ait à s'en plaindre, dans le domaine de l'article 6, §§ 1 et 3 de la loi du 23 mars 1855. Bien loin, en effet, qu'il soit dispensé d'ins-

cription, sa conservation est subordonnée à une double inscription, celle du procès-verbal qui constate l'état des lieux au moment où vont commencer les travaux, et celle du procès-verbal de réception de ces travaux; il remonte à la date de l'inscription du premier procès-verbal. (Art. 2110, Code Nap.) De ces deux inscriptions, nécessairement séparées par un laps de temps plus ou moins considérable, peut naître une difficulté. On suppose que la transcription intervient entre l'inscription du premier et celle du second procès-verbal. Que décider? Pour établir que cette première inscription peut permettre, elle seule, au constructeur ou prêteur de deniers, d'opposer leur privilége à l'acquéreur qui a transcrit, on dit que si elle ne fait pas connaître aux tiers le montant de ce qui est dû, elle les avertit du moins de l'existence du privilége ; et c'est là l'essentiel. Cette solution ne peut selon nous être accueillie; elle va contre le texte de la loi, contre ses motifs bien compris. La loi a exigé deux inscriptions, c'est donc qu'elle a pensé qu'elles sont l'une et l'autre nécessaires. Et combien, en effet, la seconde est utile, celle du procès-verbal de réception des travaux; elle seule en fait connaître l'importance, et la plus-value qui en est résultée pour l'immeuble. Or, c'est à cette plus-value que, d'après l'article 2103 du Code Napoléon, se réduit le montant du privilége. Si l'on n'exige que la première inscription, les tiers, qui ne trouveront pas la seconde, seront fondés à en induire que les travaux ont été soldés, et que la créance même, cause de la première inscription, ne subsiste plus. Dans la réalité des choses, cependant, la difficulté pourra s'amoindrir: si, par exemple, la vente et la transcription ont lieu pendant le cours des travaux, ou bien l'acheteur arrêtera les travaux, et il deviendra le débiteur direct du constructeur, ou bien il les fera continuer. Dans ce cas, le constructeur a six mois (art. 2103, n° 4) pour faire dresser le procès-verbal de réception des travaux exécutés, lequel devra être rendu public, et pour prendre sa seconde inscription.

Si la vente et la transcription ont lieu après l'achèvement des travaux, mais avant l'expiration des six mois, le constructeur

aura ce qui reste des six mois pour faire régler ce qui lui est dû et prendre sa seconde inscription. Mais son privilége serait éteint d'une manière irrévocable si, au moment de la transcription faite par l'acquéreur, les travaux étaient déjà achevés et reçus, et si le procès-verbal de réception n'était inscrit que postérieurement, bien que le délai de six mois ne fût pas encore expiré.

Dans le cas de conflit entre la vente et le privilége du constructeur ou du bailleur de fonds, si l'inscription du procès-verbal de réception des travaux et la transcription de l'acte de vente avaient lieu le même jour, ce serait le privilége qui l'emporterait, puisqu'il rétroagit à la date de l'inscription du procès-verbal.

323. L'article 2111 du Code Napoléon accorde aux créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier, un privilége qui doit être inscrit dans les six mois. Une théorie développée avant 1855, sous l'empire de l'article 834 du Code de procédure civile, soutenait que cet article était étranger à la séparation des patrimoines, et que le privilége de l'article 2111 est improprement qualifié de privilége, puisque, à l'égard des immeubles, la demande des créanciers et légataires ne peut être formée qu'autant qu'ils existent dans la main de l'héritier. Cette théorie accordait cependant aux créanciers et aux légataires de la succession le droit de se faire préférer sur le prix, non encore distribué, de l'immeuble aliéné par l'héritier, s'ils avaient pris inscription dans les six mois. Ses défenseurs ont maintenu leur doctrine sous l'empire de la loi de 1855.—C'est le contraire que nous croyons vrai. On s'est récrié sur la rigueur du système que nous adoptons. Dire que les créanciers et les légataires, en cas d'aliénation d'un immeuble de la succession, conservent jusqu'à la transcription la faculté d'inscrire soit leur privilége, soit leur hypothèque, suivant qu'ils prennent inscription avant ou après les six mois; et qu'ils perdent ce privilége et cette hypothèque si l'acquéreur a fait transcrire avant qu'aucune inscription ait été prise; soutenir cela, a-t-on dit, c'est soutenir une monstruosité; une

absurdité ! Telle est, en effet, la conséquence du système que nous avons adopté sans nous effrayer de ces foudres. Il n'est ni plus monstrueux, ni plus absurde d'exiger des créanciers et des légataires de la succession qu'ils fassent inscrire leur privilége avant que l'acquéreur n'ait fait transcrire, que de préférer, entre deux acquéreurs d'un même immeuble, celui qui a fait transcrire le premier, quoique son contrat soit d'une date postérieure. Ce qui nous détermine surtout, c'est la lettre de la loi; il suffit, en effet, que la disposition de l'article 2111 soit qualifiée de *privilége* pour qu'elle tombe sous l'application de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855.

L'effet de la transcription opérée par l'acquéreur, avant qu'aucune inscription ait été prise par les créanciers ou les légataires, est d'enlever à ceux-ci le pouvoir de prendre inscription sur l'immeuble, alors même que les six mois ne seraient pas expirés et que le prix serait encore dû.

B.—324. La règle générale de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855, s'applique aux hypothèques énoncées aux articles 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon, c'est-à-dire aux hypothèques conventionnelles et judiciaires. Elle ne s'applique point aux hypothèques légales de la femme, du mineur et de l'interdit, ainsi que nous le verrons par la suite. La loi fait expressément de ces trois hypothèques légales une catégorie à part. Mais il en est d'autres, telles que l'hypothèque légale de l'État, des communes et établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (Code Nap., art. 2121). Ces hypothèques tombent-elles sous le coup de l'article 6 de la loi de 1855? L'affirmative est universellement proclamée; elle doit l'être en effet, et ce point nous fournira l'occasion, non pas d'une controverse, mais d'une observation critique. L'article 6 est entaché d'un défaut regrettable; les deux dispositions qu'il renferme doivent être interprétées à la lumière de principes tout opposés. Celle qui réglemente les priviléges, nous venons de le voir, est absolument limitative :

Tous les priviléges soumis ou non soumis à l'inscription, ne

peuvent être valablement conservés après la transcription de la vente, sauf le privilége du copartageant et celui du vendeur, nommément exceptés l'un et l'autre. Au contraire, la disposition relative aux hypothèques et l'énumération qu'elle contient, sont seulement énonciatives. La règle s'applique non-seulement aux hypothèques des articles 2123, 2127 et 2128, mais encore à certaines hypothèques légales. Quel est donc le nouveau principe auquel il nous faut avoir recours? Celui de la dispense ou de la non dispense d'inscription? Au lieu de ces mots : « A partir de la transcription... les créanciers... ayant hypothèque aux termes des articles 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon, etc., la loi, pour exprimer la pensée qui était sienne et que tous ont saisie, aurait dû s'exprimer ainsi : « A partir de la transcription... les créanciers ayant une hypothèque soumise à inscription, ne peuvent utilement l'inscrire sur le précédent propriétaire. »— Cette diversité dans le mode d'interpréter deux fragments d'un même texte, est un malheur et un manque de logique, sans doute, mais si quelqu'un en est responsable, ce n'est pas à coup sûr l'interprète, c'est le législateur qui a tenu la plume.

L'art. 834 du Code de procédure civile établissait une distinction pleine d'inconvénients entre les aliénations volontaires et les expropriations forcées. S'agissait-il d'une vente amiable, le droit de prendre inscription pour le créancier hypothécaire antérieur à la vente, se prolongeait indéfiniment; il subsistait tant que l'acquéreur ne manifestait pas l'intention de purger; s'agissait-il, au contraire, d'une aliénation sur saisie, l'art. 1583 produisait tous ses effets : l'adjudication purgeait, *ipso jure*, toutes les hypothèques antérieures non inscrites et non dispensées d'inscription; et le créancier hypothécaire antérieur à la vente ne conservait la faculté d'inscrire que jusqu'à l'adjudication. C'était là, certes, un défaut d'harmonie; c'était, chose plus grave, une source de procès roulant sur le point de savoir si telles ou telles ventes devaient être rangées dans la classe des aliénations volontaires. Un des bienfaits de l'art. 6 de la loi de 1855 a été de rétablir en cela l'uniformité. Aucune distinction n'a été reproduite, et dans les deux cas, les créanciers hypothécaires

du vendeur peuvent prendre inscription sur l'immeuble jusqu'à ce que la vente ait été transcrite (1).

326. Les créanciers hypothécaires, qui n'ont pas pris inscription au moment de la transcription de l'adjudication, descendent donc au rang de créanciers chirographaires ; leur droit réel est perdu, définitivement perdu, quand même l'adjudicataire serait évincé par suite d'une adjudication sur folle enchère. Les inscriptions prises au cours de la saisie ou dans l'intervalle de l'adjudication à la transcription ont une demi-efficacité ; les créanciers qui les ont prises, viennent sur le prix d'adjudication, en excluant les créanciers chirographaires, et prennent rang entre eux suivant les dates de leurs inscriptions respectives. Elles sont impuissantes à faire naître le droit de suite ou de surenchère ; pour que l'adjudication le purge et l'anéantisse, il faut de toute nécessité qu'elle soit dûment transcrite. Les termes de la loi sont absolus (2).

327. Ici se présente de nouveau pour le créancier hypothécaire une question déjà soulevée en ce qui concerne l'acquéreur. Etant données plusieurs aliénations successives de l'immeuble, le dernier acheteur, quand ses auteurs n'ont pas donné à leurs titres la publicité, doit-il, pour acquérir la libération de toutes les hypothèques existant sans inscription sur l'immeuble aliéné, faire transcrire, non-seulement son propre contrat, mais encore les contrats d'acquisition de ses auteurs Sans revenir sur les motifs exposés et sans adopter davantage les distinctions diverses qui ont été proposées, nous déciderons encore, que la purge s'opère par la transcription du dernier contrat, et nous étendons cette solution au cas où le dernier acquéreur est l'ayant-cause d'un saisi. Nous l'avons dit, les aliénations forcées et les ventes libres ont été, par la loi de 1855, mises sur la même ligne: mêmes principes, mêmes solutions; et, par exemple, quand un immeuble acquis, en vertu d'un acte non rendu public, a été saisi par les créanciers de l'acquéreur et vendu aux

(1) Bressolles, *Exposé des règles de droit civil sur la transcription*, n° 80.
(2) *Contrà*. M. Pont, *Priviléges et Hypothèques*, n° 1280, note 2.

enchères sur leur poursuite, l'adjudicataire qui ne fait transcrire que son propre titre, le jugement d'adjudication, est en règle au regard des créanciers hypothécaires de l'auteur du saisi. Dans ce cas particulier, l'article 717 du Code de procédure nous fournit, par sa généralité, un nouvel argument.

328. Il peut arriver que les créanciers personnels de l'acquéreur soient en conflit d'hypothèques avec les créanciers des précédents propriétaires. On suppose que les uns et les autres se sont inscrits dans l'intervalle de temps qui a séparé la vente de la transcription, mais que les premiers par ordre de date sont les créanciers de l'acheteur. Primeront-ils les créanciers du vendeur? La raison capitale qui nous fait admettre la négative est logiquement déduite d'un point de départ qu'on ne peut attaquer. L'immeuble est devenu le gage réel des créanciers du vendeur par l'effet de l'inscription. A ce moment, la vente n'existait pas pour eux. Quand elle s'est produite par la transcription, le vendeur a disposé de ce gage ; à leur respect et dans la limite de leur intérêt, l'acte est nul et inexistant; les hypothèques consenties par l'acheteur en vertu de cet acte sont, comme lui, nulles et inexistantes au respect des créanciers du vendeur, de même qu'elles le seraient absolument et à l'égard de tous, si elles avaient été consenties avant la vente elle-même. Ils se sont mis en règle avec la disposition de l'article 6, puisqu'ils se sont inscrits avant que l'acquéreur n'eût fait transcrire l'acte par lequel leur débiteur avait disposé de leur gage; et quant aux créanciers de l'acquéreur ils n'ont pas lieu de se plaindre ; ils se sont sciemment exposés au danger en traitant avec un acheteur dont le titre n'était pas transcrit (1).

§ 2.

Exceptions à la règle générale contenue dans l'article 6. Des priviléges.

329. La transcription, suivant une énergique expression, ferme la porte de l'immeuble aux priviléges et hypothèques, et

(1) *Sic*. M. Domanget. *Revue critique*, t. XVII. p. 339.

pour la franchir, il faut une carte de faveur. La loi en a donné quelques-unes : 1° à certaines hypothèques déjà connues et sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir (sect. IV) ; 2° à deux priviléges, celui du copartageant et celui du vendeur, lesquels peuvent être utilement inscrits dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente et de partage, nonobstant toute transcription d'actes faite dans ce délai. On le voit, ce sont deux priviléges privilégiés.

330. Occupons-nous tout d'abord de celui du copartageant. Une seule question vraiment grave doit nous arrêter en cette matière. Il faut bien préciser les faits d'où elle peut sortir. L'immeuble grevé du privilége a été aliéné ou il ne l'a pas été : s'il ne l'a pas été, s'il est demeuré dans le patrimoine du copartageant tenu de la dette que le privilége garantit, le copartageant, en faveur duquel elle existe, peut utilement inscrire son privilége dans les soixante jours à compter du partage; après ce délai, le privilége dégénérera en simple hypothèque que le créancier pourra encore inscrire, mais qui ne produira d'effets et ne prendra rang que du jour de l'inscription. Ces faits étant, la question annoncée ne peut pas naître.

Mais si l'immeuble grevé a été aliéné par le copartageant débiteur, l'inscription du copartageant créancier pourra être prise après la transcription de l'acte d'aliénation, pourvu que le copartageant, auquel le privilége appartient, se trouve encore dans les quarante-cinq jours à compter du partage. Faute d'inscrire dans ce délai, il perd son droit de suite, cela est d'évidence. Mais perd-il également son droit de préférence aussitôt après l'expiration des quarante-cinq jours, ou, au contraire, peut-il prendre inscription à l'effet de conserver ce dernier droit tant que court le délai de soixante jours de l'article 2109 du Code Napoléon ?

La négative est professée par des jurisconsultes très-sûrs. Les raisons invoquées par eux ne nous semblent point satisfaisantes, et la réfutation qu'ils ont tentée laisse debout la solution contraire.

Le premier argument invoqué par ceux qui soutiennent que le

copartageant peut conserver son droit de préférence par l'inscription prise entre le quarante-cinquième et le soixantième jour, est tiré de l'état de choses existant sous l'empire du Code de procédure. L'art. 834 de ce Code vise évidemment le droit de préférence et le sépare du privilége. Soutenir le contraire est créer un non-sens dans la loi et s'y heurter : l'art. 2109 du Code Napoléon fixe au copartageant un délai de soixante jours *pour l'inscription de ce privilége ;* en cas d'aliénation, l'art. 834 du Code de procédure réduit ce délai à quinze jours à partir de la transcription, mais en faisant réserve, au profit du copartageant créancier, *des autres droits* résultant à son profit de l'art. 2109. Or, nous prions les plus habiles de nous dire où ils peuvent trouver *ces autres droits,* réservés par l'art. 834, s'ils soutiennent que ce dernier texte enlève au copartageant créancier la prérogative de s'inscrire utilement, à l'égard des créanciers, après la quinzaine. — Les mêmes principes doivent être appliqués sous la loi de 1855. Le copartageant pouvait faire inscrire son privilége dans la quinzaine et son droit de préférence dans l'intervalle du seizième au soixantième jour ; aujourd'hui il peut faire inscrire son privilége dans les quarante-cinq jours qui suivent le partage, et son droit de préférence dans l'intervalle qui s'écoule entre le quarante-sixième et le soixantième jour.

Nos adversaires, sans contester carrément la doctrine admise sous le Code de procédure, soutiennent que ses principes ne sont plus de mise sous la loi de 1855. On présente deux considérations à l'appui de cette assertion. La première consiste à dire que le double délai qui peut-être existait sous le régime antérieur, certainement n'existe plus aujourd'hui et qu'il s'est fondu dans le délai nouveau de quarante-cinq jours. Jusqu'ici on ne fait qu'affirmer ce qui est en question ; mais on ajoute : la preuve qu'il en est ainsi, c'est que le législateur, dans ses travaux préparatoires, n'a nullement parlé du double délai ; bien loin de là, il a été tout près de soumettre le copartageant et le vendeur à la loi commune. Le délai de quarante-cinq jours n'a été qu'une concession, qu'il ne faut pas étendre. Cela demande une réponse ; et, si les auteurs auxquels nous nous rallions ne l'ont point faite,

c'est qu'ils ont pensé sans doute qu'elle apparaîtrait à tous les yeux. Sous le régime ancien, nos contradicteurs le reconnaissent, deux délais existaient : celui de l'article 834, pour la conservation du privilége en son entier, celui de l'article 2109, pour la conservation du droit de préférence. Le législateur n'a modifié que le premier, et il en a longuement parlé; il l'a modifié dans son point de départ et a substitué la date de l'acte à celle de la transcription ; il l'a modifié encore dans sa durée; ce délai n'était que de quinze jours, il l'a porté à quarante-cinq jours. Quant au second délai, celui de l'article 2109, il n'en a rien dit en effet, d'où il faut conclure tout naturellement qu'il l'a laissé subsister dans sa durée et dans ses effets. Ceci devient plus évident encore quand on rapproche de ce silence les expressions énergiques qui terminent l'article : « Les articles 834 et 835 du Code de procédure sont abrogés. »

La seconde raison qu'on oppose est que, sous la loi ancienne, le copartageant créancier, n'ayant qu'une quinzaine pour conserver son privilége vis-à-vis de l'acquéreur, était grandement intéressé à avoir quarante-cinq jours de plus pour le conserver vis-à-vis des créanciers; tandis que, sous la loi nouvelle, la prolongation n'étant que de quinze jours (quarante-cinq à soixante), l'intérêt serait à peine appréciable. Cela est étrange, en vérité : l'intérêt du copartageant créancier se mesure, non pas à la longueur du délai qui lui est accordé pour conserver son droit, mais bien à l'importance de ce droit lui-même; n'eût-on que deux jours pour inscrire un droit réel représentant ou garantissant une valeur importante, l'intérêt de l'existence de ce délai serait énorme ; et, d'ailleurs, la quinzaine que nous accordons au copartageant, qui a laissé perdre son privilége intégral, pour conserver son droit de préférence, n'est pas tant à mépriser, puisque les rédacteurs du Code de procédure l'avaient jugée suffisante pour l'inscription du privilége.

Nous n'ignorons pas que notre opinion repose sur une analyse des droits réels, non adoptée par tous. Chacun reconnaît que le droit réel résultant du privilége et de l'hypothèque, est composé d'un droit de suite et d'un droit de préférence; mais ce que

plusieurs nient, c'est que ces deux éléments soient séparables, parce que, assure-t-on, le droit de préférence est la conséquence du droit de suite, et que celui-ci anéanti, celui-là ne peut plus vivre (1). Or, nous considérons comme certaine l'indépendance absolue du droit de préférence (2); il peut être séparé du droit de suite par la doctrine, comme il en a été maintes fois séparé par la loi dans les priviléges sur les meubles, en matière d'ordre (loi du 21 mars 1858), d'expropriation pour cause d'utilité publique(loi du 3 mai 1841), et de transcription hypothécaire par la loi de 1855, qui n'a été écrite, toute la discussion l'atteste, comme l'article 834 du Code de procédure, qu'en vue du droit de suite. La doctrine contraire arrive à soutenir que le législateur de 1855 a sacrifié le droit légitime des copartageants à des droits qu'il considère lui-même comme moins respectables (3).

331. Le privilége du vendeur, de par la loi nouvelle, jouit de la même immunité que le privilége du copartageant. Le texte le place même en première ligne, et si nous l'avons rejeté sur le second plan, c'est parce que sa conservation se relie en plusieurs points à la conservation de l'action résolutoire qui doit faire l'objet de la section suivante. Avant de pénétrer dans cette difficile matière, il faut faire remarquer que la question débattue à propos du copartageant se présente aussi pour le vendeur. Selon nous, la solution doit être contraire : le délai de quarante-cinq jours expiré, le vendeur ne pourra inscrire ni son droit de suite, ni son droit de préférence. Sous l'empire du Code de procédure, la déchéance s'appliquait à l'un et à l'autre droit; le vendeur, qui avait négligé de s'inscrire dans la quinzaine de la transcription de la vente faite par le premier acquéreur, perdait son privilége, non-seulement vis-à-vis du sous-acquéreur, mais encore vis-à-vis des créanciers. Aucune des raisons par nous invoquées en faveur du copartageant ne se reproduit en faveur du vendeur.

(1) V. en ce sens.—Cassation, Chambres réunies.—M. Faustin-Hélie, rapp. —Dev. et Carette, 52, 1, 81.—Dall., 52, 1, 81.—*Journ. du Palais*, 1858, t. I, p. 257.

(2) V. M. Benech. *Monographie sur le Droit de préférence.*

(3) Pont. *Priviléges et Hypothèques*, art. 2105, 2163 et 2180.

A l'égard de ce dernier, aucun délai n'a été fixé pour l'inscription de son privilége par l'article 2108 du Code Napoléon ; la jurisprudence, avec raison, n'avait point pensé que la législation, par la promulgation de l'article 834 du Code de procédure, eût pu avoir la volonté d'établir une distinction entre les créanciers et les tiers-acquéreurs. Or, si l'on jugeait ainsi sous le Code de procédure, il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement sous la loi du 23 mars 1855, relativement au délai de quarante-cinq jours qui a remplacé pour le vendeur le délai de quinzaine.

332. Passons sur quelques difficultés déjà existantes sous l'empire du Code de procédure, en ce qui touche le point de départ du délai imparti, et arrivons à la question capitale de cette matière, celle de savoir quelle est, jusqu'à la transcription, la condition du vendeur à l'égard des ayant-cause de l'acheteur. Problème fameux qui divise les maîtres et qui nous a valu, au grand profit de la littérature juridique, des travaux excellents, modèles de polémique et d'érudition :

Exposons brièvement tout d'abord l'économie des dispositions de la loi du 23 mars 1855, relativement au mode de conservation et aux causes d'extinction du privilége du vendeur. Sous le régime du Code Napoléon, ce privilége était conservé : 1° par la transcription de l'acte de vente (art. 2108), et 2° d'après une doctrine fort en faveur, à l'aide d'une inscription requise par le vendeur, inscription qui pouvait être prise tant que l'immeuble vendu restait dans les mains de l'acheteur, sauf deux exceptions ; et après revente, jusqu'à l'expiration de la quinzaine de la transcription de l'acte de revente. Depuis la loi de 1855, le premier moyen, c'est-à-dire la transcription, reste applicable dans les termes de l'article 2108 du Code Napoléon. Quant à l'inscription qui peut suppléer la transcription, elle a toujours pour effet de sauvegarder le privilége. Seulement le vendeur a le droit, s'il y a revente de l'immeuble, de prendre son inscription dans les quarante-cinq jours, et non plus seulement dans la quinzaine de la transcription de la nouvelle vente.

Cela dit, exposons l'état de la controverse.

Un premier système soutient que dès l'instant de la vente et

avant même qu'elle soit transcrite, le vendeur cesse d'être propriétaire, non-seulement au regard de l'acheteur, mais encore au point de vue de ses rapports avec les tiers qui, dans l'avenir, pourront traiter avec ce dernier; le privilége du vendeur naît avec la vente et avant même qu'elle soit transcrite. C'est à partir de la vente que court le délai pour conserver utilement le privilége existant. C'est la théorie dite du dessaisissement, celle que nous adoptons.

La doctrine contraire (1) se résume ainsi: le droit du vendeur, quoi qu'il advienne et indépendamment de toute formalité, ne peut périr. De deux choses l'une : si l'acte de vente n'est pas transcrit, le vendeur conserve au regard des tiers la propriété de l'immeuble vendu et, avec elle, une action de revendication contre laquelle aucun acte de l'acheteur ne peut prévaloir. Si au contraire l'acte est transcrit, le vendeur cesse d'être propriétaire; mais, à l'instant même qu'il perd avec la propriété l'action en revendication qu'elle implique, il acquiert un privilége qui, par la publicité que la transcription lui imprime en même temps qu'elle le fait naître, s'impose et se produit envers et contre tous (2).

C'est la théorie dite du non-dessaisissement. Un très-éminent jurisconsulte, en prenant part à cette controverse, a, dans le second des travaux cités en note, pris parti pour le second système, mais il y a apporté un remarquable tempérament, afin, cela est facile à voir, d'éviter le reproche si fondé qu'on oppose à ce système de contredire le principe du transport de la propriété entre les parties par l'effet de la convention. M. Valette reconnaît que la loi de brumaire an VII ne suspend pas la mutation de propriété dans l'intérêt du vendeur jusqu'à la transcription, et que la propriété est transférée par la vente même,

(1) V. M. Valette, *De l'Effet ordinaire de l'inscription en matière de privilége sur les immeubles*, 1843; et sur la Question sous la loi du 23 mars 1855. — M. Valette, *De l'effet de la Transcription, relativement au privilége du vendeur*. *Revue pratique*, t. XVI, p. 433.

(2) M. Pont, *Des Priviléges et Hypothèques*, n° 250 et suiv.

sauf (écoutons bien ceci) *la rétention du privilége, non de la revendication* au profit du vendeur.

Comment, ajoute l'auteur, comment vient-on mêler à cela le principe du transport de la propriété entre les parties, par le seul effet de la vente. Le vendeur, dit-on, même avant la transcription, a cessé d'être propriétaire. *Plein propriétaire*, oui, nous l'accordons ; le droit de propriété s'est atténué dans ses mains et réduit aux limites du privilége, ce qui revient à dire que le vendeur a retenu le privilége lors de l'aliénation. Il est évidemment dans une position analogue à celle d'un aliénateur qui s'est réservé un droit d'usufruit, d'usage ou de servitude ; il n'a pas aliéné ce qu'il a gardé. Que l'on suppose ou non une *revente* faite par son acquéreur, cela doit lui être, en soi, très-indifférent, et il n'a pour sa part aucune formalité obligatoire à remplir, puisqu'il n'a rien acquis et s'est borné à conserver (1).

Nous ne pouvons admettre ce privilége existant à l'état latent entre les mains du propriétaire, et retenu par lui quand il aliène son droit de propriété. Le privilége naît de l'aliénation, non de la propriété, et quant à l'analogie, pour qu'elle eût quelque force, il faudrait au moins que les droits d'usufruit, d'usage et de servitude, fussent soumis au même mode de conservation que les priviléges.

De part et d'autre on reconnaît l'importance en cette matière de la loi de l'an VII, et la nécessité d'en bien déterminer la portée. La controverse se divise donc en deux parties ; d'abord quel est le système de la loi de brumaire ? La loi nouvelle s'y est-elle référée, ou au contraire s'en est-elle séparée ?

Pour établir que la loi de brumaire, consacrait la théorie du dessaisissement du vendeur et la naissance de son privilége par le seul effet de la vente, nous invoquons les articles 2 et 26 de cette loi ; on y trouve la preuve que le vendeur n'était pas admis à revendiquer jusqu'à la transcription. Les travaux préparatoires, et notamment les rapports des citoyens Crassous et Jacqueminot, au Conseil des Cinq-Cents, écartent toute obscurité.

(1) M. Valette, *Revue prat.* t. XVI, p. 436, 437 et 454.

Le législateur ne donne à l'article 26 d'autre portée que celle qui résulte des termes mêmes de cette disposition, et tend à empêcher les mutations postérieures de nuire aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur. L'idée que celui-ci peut revendiquer jusqu'à la transcription tente bien de s'introduire dans l'application de la loi de brumaire, mais elle est repoussée par la jurisprudence. Les Tribunaux de cassation et d'appel proclament à l'envi que le premier vendeur peut s'inscrire seulement sur le débiteur, maître encore de la chose ; que celui-ci cesse de l'être par la vente ; qu'au moyen de la transcription la propriété est passée franche entre les mains du deuxième acheteur ; qu'enfin le défaut de vigilance du créancier du premier vendeur qui lui fait perdre son privilége, n'est imputable qu'à lui seul.

Un seul arrêt rendu le 7 décembre 1809, par la Cour de Rouen, paraît rompre l'unanimité, et encore ne peut-on opposer à la doctrine que nous résumons, que les énonciations de ses motifs, nullement la décision contenue dans son dispositif.

Quoi qu'on ait tenté, pour ébranler cette première assise, la solution en vigueur sous l'empire de la loi de brumaire nous paraît vraiment incontestable. Si on a essayé d'introduire de subtiles distinctions sur les articles 2, 13, 29 et 52 de la loi, on n'a pu rien objecter aux citations tirées des travaux préparatoires et de la jurisprudence.

Le système de la loi de l'an VII, nettement formulé dans les articles 2 et 26, est bien clair. Il contient un principe, et à côté du principe, une limitation. Le principe, c'est que la vente est par elle-même translative de propriété. La limitation, c'est que l'effet de la vente qui n'est pas transcrite n'est pas opposable aux tiers qui, en contractant avec le vendeur, sont devenus ses ayant-cause. — D'où suit qu'à l'égard de toutes autres personnes, telles que l'acheteur et ses ayant cause, la vente non transcrite est opposable ; d'où suit que dès l'instant qu'elle est conclue, le vendeur cesse d'être propriétaire au point de vue de ses rapports avec l'acheteur et les ayant-cause de ce dernier ; d'où suit que dès cet instant son privilége prend naissance.

333. Mais ces vérités, qui avaient vie sous la loi de brumaire, subsistent-elles ou plutôt revivent-elles sous la loi du 23 mars 1855 ?

Il est d'abord un syllogisme qui est commun, quant à sa forme, à nos adversaires et à nous. L'interprétation donnée à la loi de brumaire sert de majeure ; la mineure est adoptée par les deux partis. Mais la conclusion est différente suivant l'opinion que l'on a embrassée sous l'ancienne loi. Voici le squelette de ce raisonnement :

La loi du 11 brumaire an VII, décide que le vendeur, etc. ;

La loi du 23 mars 1855 en a adopté l'esprit et reproduit les dispositions.

Donc la loi de 1855 décide que le vendeur, etc...

Nous n'avons plus à revenir sur les précédents que nous avons exposés, et nous devons maintenant nous renfermer dans l'étude de la loi nouvelle. Nous soutenons qu'elle décide que la vente est, par elle seule et sans le secours de la transcription, translative de propriété au point de vue des rapports du vendeur avec l'acheteur et les ayant-cause de ce dernier.

Posons immédiatement notre conclusion. A la date même de la vente, le privilége du vendeur naît, non point conservé, mais périssable, et le vendeur doit par conséquent, sous peine de le perdre, veiller à sa conservation par l'emploi des moyens ci-dessus indiqués.

Justifions maintenant notre point de départ.

Une première preuve que la vente sans transcription est absolument translative entre les parties, et que la propriété a quitté le vendeur, est que, si l'immeuble est usurpé par un tiers possesseur, la revendication appartiendra à l'acheteur. S'il en était autrement, les sous-aliénations consenties par l'acquéreur ne pourraient nullement nuire au vendeur, puisqu'il aurait contre les sous-acquéreurs une action en revendication, que la transcription de leur titre ne pourrait point paralyser.

Mais la translation de la propriété peut-elle également être considérée comme existante à l'égard des *tiers* qui ont contracté avec l'*acheteur*. La loi de brumaire les excluait de cette protec-

tion : « La vente non transcrite n'est point, disait-elle, opposable aux *tiers* qui auraient contracté avec le *vendeur* et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi. » Or, la loi de 1855 n'a pas reproduit textuellement cette distinction. Nos contradicteurs en concluent qu'il faut mettre sur la même ligne tous les tiers sans distinction, qui ont acquis et conservé des droits sur l'immeuble vendu. Si la lettre de la loi nous fournit des ressources insuffisantes, et nous confessons n'y pas trouver cette clarté qui frappe les yeux de quelques-uns des jurisconsultes auxquels nous nous rallions, nous pouvons trouver dans l'esprit, le but, et les travaux préparatoires de la loi des appuis solides.

La doctrine que nous combattons est essentiellement favorable au vendeur : elle se distingue surtout en ce qu'elle fait de la transcription un nouvel avantage pour lui, tandis que, suivant les paroles de l'un des commissaires du Gouvernement au Corps législatif, la transcription est un acte de défiance envers le vendeur. Son but est de prévenir des erreurs ou d'empêcher des fraudes. Elle est due par l'acquéreur comme un avertissement à ceux que pourrait léser la clandestinité de son titre. Quels sont-ils ? Les tiers qui ont contracté avec le vendeur, sans doute, mais eux seuls. La transcription ne devait point protéger le vendeur, cela est certain, aucune erreur pour lui n'est possible et quant aux ayant-cause de l'acheteur, la clandestinité de la vente ne peut jamais les induire en erreur, puisque sa validité a précisément pour effet de sauvegarder les droits qu'ils tiennent de l'acheteur.

La réponse à l'objection tirée de la fraude possible se trouve dans la loi. Si la vente n'est pas transcrite, nous dit-on, l'acquéreur pourra, par une revente précipitée, que le sous-acquéreur s'empressera de faire transcrire, compromettre les droits de son vendeur. Nos contradicteurs ne peuvent raisonner ainsi qu'à la condition d'admettre notre doctrine, à savoir qu'à la date, et avant même qu'elle soit transcrite, la vente est translative de propriété dans les rapports du vendeur, non-seulement avec son acheteur, mais encore avec les ayant-cause de ce dernier. Mais le péril signalé est prévu par la loi. Le vendeur en est garanti

par le droit qui lui est accordé de prendre, pour la conservation de son privilége, une inscription qui, lorsqu'elle a lieu dans les quarante-cinq jours de la vente, rétroagit au jour de son contrat.

Les travaux préparatoires nous fournissent l'appui que nous avons déjà trouvé ailleurs. L'exposé des motifs, avec une autorité que ne peut avoir aucune opinion individuelle, qu'elle émane, dans le cours de la discussion, soit d'un député, soit d'un commissaire du gouvernement, l'exposé des motifs ne proclame-t-il pas le retour à la loi de brumaire tel que nous l'avons interprétée? « La transcription était établie par l'article 86 de la loi du 11 brumaire an VII et tout annonçait sa conservation sous le Code Napoléon... Aujourd'hui, l'institution du crédit foncier, le besoin de sécurité dans ses nombreuses opérations, imposent le devoir de recourir à cette doctrine. C'est l'objet de l'article 1er. » Et plus haut: « Il ne s'agit pas de porter sur le Code Napoléon une main sacrilége; ses dispositions resteront intactes, son économie entière. Nous ne vous présentons que des dispositions pour ainsi dire additionnelles. Compléter, ce n'est pas détruire. » Une dernière preuve de l'existence du privilége, exclusif de l'action en revendication du vendeur, est puisée dans ces paroles prononcées par M. Rouher, non à huis-clos au Conseil d'État, mais en public au Corps législatif: « Il pourrait arriver, dit-il, que l'acquéreur, avant d'avoir transcrit, vendît à une autre personne et que cette dernière vente fût transcrite avant la première. Le premier vendeur peut donc être exposé à perdre son privilége s'il ne l'a pas fait inscrire. »

La jurisprudence, contraire à notre opinion (1), a soulevé une difficulté d'un ordre inférieur à tout cela et par laquelle nous terminons. Elle oppose notre soutien à l'article 3 de la loi de 1855, lequel préfère un deuxième acquéreur à un premier

(1) Cour de Bordeaux, arr. du 15 juillet 1857, aff. Martaguet c. Lavauzelle. Devill., 57, 2, 641, et même affaire, Cassat., Ch. des req., rejet du 1er mai 1860 sur le rapport de M. le conseiller Bayle-Mouillard.

acquéreur qui n'avait pas fait transcrire lorsque le deuxième s'est mis en règle. La doctrine que nous défendons implique que le vendeur, n'étant pas dessaisi à l'égard des tiers avant la transcription, peut valablement disposer en leur faveur de la propriété, et qu'en même temps l'acquéreur a le même droit; or, dit-on, tant que le vendeur n'est pas dessaisi à l'égard des tiers, l'acquéreur ne peut être saisi. A cela nous laissons le Code Napoléon répondre pour nous : Article 1690. Le vendeur d'une créance en a perdu la propriété par la vente et n'a pu, dès lors, transférer à un deuxième cessionnaire des droits qu'il n'avait plus. Mais si le deuxième cessionnaire se saisit de la créance avant le premier, il sera protégé par la loi. Article 2279 : Le vendeur d'un meuble corps certain a cessé d'en être propriétaire et n'a pu, dès lors, rendre propriétaire le deuxième acheteur. Mais celui-ci est protégé, s'il a pris possession de bonne foi, par la loi, qui lui accorde la prescription instantanée du meuble (1).

334. Une autre question, également fort importante, est celle de savoir si le vendeur peut remplir utilement, même après la faillite déclarée de son acheteur, la formalité à laquelle est attachée la conservation de son privilége, et avec elle la faculté de s'en prévaloir? La négative ressort, à notre sens, des articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, qui décident que « Les droits d'hypothèque et de privilége peuvent être valablement inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite du débiteur. » Cette disposition avait paru trop rigoureuse, et la jurisprudence avait tenté d'introduire une exception en faveur de certains priviléges, et notamment au profit du ven-

(1) Voir, à la défense de la doctrine adoptée par nous, deux remarquables dissertations de M. A. Duverger, professeur à la Faculté de droit de Paris. La première, insérée dans le t. X, p. 161, de la *Revue pratique*, a provoqué la réponse de M. Valette citée plus haut et a eu la gloire de convertir M. Mourlon, dont le livre contient un excellent résumé du débat. La seconde dissertation de M. Duverger vient de paraître et nous en promet une troisième (V. *Revue pratique*, 1864, t. XVIII, p. 449). Espérons que, de part et d'autre, cette lutte pacifique et savante n'est point près de finir!

deur. Mais, lors de la révision du Code de commerce, la règle fut maintenue dans toute sa généralité, tant pour les priviléges que pour les hypothèques, non par inadvertance mais après discussion. Distinguer ou tempérer aujourd'hui, c'est supprimer la loi, violer ses intentions et offenser l'équité.

Quant au texte, nous nous sommes expliqué, ou plutôt nous l'avons cité. Partout nous voyons la loi sacrifier les intérêts individuels à l'intérêt plus imposant du crédit commercial. C'est ainsi qu'elle a, par exception au droit commun, limité, soit quant aux biens, soit quant aux droits qu'elles garantissent, l'effet des hypothèques légales des femmes des faillis (art. 563 et 564 du Code de commerce). Et de même encore, elle a décidé que le privilége et la revendication établis par l'article 2102 du Code Napoléon, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne sont pas admissibles en cas de faillite (art 550 du même Code). La raison et la justice s'opposent d'ailleurs à ce que l'on accorde au vendeur une position que l'on refuse à des intéressés aussi malheureux et aussi dignes de faveur.

On veut laisser la voie ouverte au privilége du vendeur, et on est bien forcé de la fermer au privilége des ouvriers. Ceux-ci, pourtant, mettent en réalité dans le patrimoine du propriétaire, pour lequel ils travaillent, une valeur nouvelle, aussi bien que le vendeur; c'est la plus-value par eux créée; en sorte que, pour les ouvriers, comme pour le vendeur, le privilége est la possession d'un droit réel sur la chose même par eux transmise.

On a fait deux objections, l'une pour échapper à la lettre de la loi, l'autre pour concilier la doctrine contraire avec les principes. Les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de Commerce, a-t-on dit, n'ont trait qu'aux *inscriptions*, et ainsi on ne peut point s'en prévaloir pour annuler la transcription conservatoire du privilége du vendeur. N'est-ce pas là faire dire à la loi une puérilité? Elle ne veut pas, qu'après la faillite de l'acheteur, le vendeur puisse au mépris du principe de publicité, conserver son privilége jusqu'alors tenu secret, pour l'opposer ensuite à la masse; c'est dire qu'elle ne veut qu'il use

d'aucun des modes de conservation, qu'on l'appelle transcription ou inscription.

Mais, dit-on encore, pourquoi le législateur eût-il refusé au vendeur le pouvoir de conserver son privilége, puisqu'il lui donne le droit, quand la vente n'a pas été transcrite, d'aliéner même au cours de la faillite de l'acheteur, l'immeuble vendu, et de l'hypothéquer au préjudice de la masse? Bien loin que cette faculté soit incompatible avec la déchéance que le vendeur encourt au cas où son privilége est resté clandestin jusqu'au jour où son acheteur a été déclaré en faillite, il est essentiel que l'une et l'autre existent concurremment, puisqu'elles sont toutes deux la sanction de la loi de publicité. Faute de s'y être conformés, le vendeur perd son privilége, l'acheteur son droit de propriété. Il faut donc, nous le répétons, s'en tenir aux termes nets et précis des articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce (1).

SECTION TROISIÈME.

EFFETS DE LA TRANSCRIPTION SUR L'ACTION RÉSOLUTOIRE DU VENDEUR.

335. L'action résolutoire est le droit pour le vendeur non payé de reprendre la chose en quelques mains qu'elle se trouve. Considérée entre les parties, elle est légitime comme le droit de propriété lui-même. Vis-à-vis des tiers qui en subissent l'effet, elle frappe non plus par l'équité, mais par la rigueur excessive de ses résultats. La législation romaine ne l'avait admise comme un droit exceptionnel qui ne pouvait exister qu'à la condition d'avoir été formellement réservé.

Le vendeur pouvait, par une cause expresse, connue sous le nom de *lex commissoria* et insérée au contrat de vente, stipuler qu'à défaut de paiement du prix, la chose livrée serait réputée

(1) Point jugé par la Cour de Grenoble. Arr. du 13 mars 1858. Aff. Girard c. Fay. Dal. Pér. 1858. 2. 176.

n'avoir pas été achetée ; s'il faisait la tradition ou s'il accordait terme à l'acheteur, *si fidem emptoris secutus est*, il pouvait par un pacte désigné sous le nom de *pactum dominii reservati*, protester que, jusqu'au paiement du prix, l'acheteur ne posséderait qu'à titre précaire (1).

Le législateur, ici comme ailleurs, se préoccupait fort de la belle concordance des principes qui dominaient l'obligation née de la vente, et la transmission de propriété née de la tradition ; il se préoccupait beaucoup moins de l'intérêt des tiers.

La jurisprudence des pays de droit écrit recueillit ces règles, et les appliqua sans les modifier. Les coutumes ne consacrèrent point la nécessité pour le vendeur de stipuler expressément qu'à défaut de paiement du prix, la vente serait résolue. Elles considérèrent cette clause comme existant toujours tacitement quand elle n'était pas exprimée, et en firent l'une des applications de la règle générale, qu'en tout contrat synallagmatique, il serait sous-entendu qu'au cas où l'une des parties ne satisferait point à ses engagements, l'autre partie pourrait demander la résolution de son contrat.

Le Code Napoléon a adopté le principe général dans l'article 1184, et l'application particulière à la vente dans l'article 1654.

La créance du vendeur est garantie par deux droits distincts :

Le privilége.

L'action résolutoire.

Nous avons parlé du privilége. L'action résolutoire sous le Code Napoléon était, il faut le reconnaître, désastreuse, parce qu'elle pouvait s'exercer sans publication préalable d'aucune sorte. Un immeuble était vendu et revendu, *per mille manus ambulet*, il était aliéné sous l'autorité de justice ; des hypothèques régulièrement prises et conservées sur le premier acheteur ou les sous-acquéreurs, le vendeur originaire se présentait subitement. Armé de son droit de résolution jusque-là tenu secret, il pouvait mettre à néant tous les droits acquis sous la

(1) L. 20. D. *de Precario*. — L. 16. D. *de Periculo et commodo rei venditæ et traditæ*.

foi de la propriété apparente. Aucun lien ne réunit le privilége à l'action résolutoire ; si le premier était perdu, la seconde lui survivait. Le Code Napoléon était à peine promulgué, qu'on démontra la nécessité de donner aux rapports du vendeur avec les tiers des conditions différentes. Les lois des 7 juillet 1833 et 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, et la loi du 2 juin 1841, modificative du Code de procédure, accédèrent d'une façon partielle à ce vœu.

336. Deux occasions solennelles se sont présentées où la réglementation de l'action résolutoire du vendeur a pu être discutée, et l'a été avec profondeur. On comprend qu'il n'est possible ici que de donner le sommaire de ce qui fut dit et écrit sur ce grave sujet dans l'enquête ouverte, en 1841, sur la réforme hypothécaire et dans le célèbre débat qui se déroula, en 1850, devant l'Assemblée législative.

En 1841, tous étaient d'accord sur la nécessité de modifier le régime du Code civil et de conserver en même temps l'action résolutoire. On ne différait que sur le mode d'organisation à lui donner : les uns voulaient que l'action résolutoire, pour défaut de paiement du prix, ne pût être exercée contre les tiers-détenteurs que pendant trente ans à compter du jour de l'exigibilité du prix, ou pendant dix ou vingt ans à compter du jour de leur possession (1).

Les autres partaient de l'article 717 du Code de procédure, qu'il faut reproduire : « L'adjudication, dit ce texte, ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi. — *Néanmoins l'adjudicataire ne pourra être troublé dans sa propriété par aucune demande en résolution fondée sur le défaut de paiement du prix des anciennes aliénations, à moins qu'avant l'adjudication la demande n'ait été notifiée au greffe du tribunal où se poursuit la vente.* — Si la demande a été notifiée en temps utile, il sera sursis à l'adjudication et le tribunal, sur la réclamation du poursuivant, ou de tout autre

(1) *Sic*, Faculté de droit de Rennes et Cour d'Aix, V. *Documents relatifs au régime hypothécaire*, p. 141 et 178.

créancier inscrit, fixera le délai dans lequel le vendeur sera tenu de mettre à fin l'instance en résolution.—Le poursuivant pourra intervenir dans cette instance. — Ce délai expiré sans que la demande en résolution ait été définitivement jugée, il sera passé outre à l'adjudication, à moins que, pour des causes graves et dûment justifiées, le tribunal n'ait accordé un nouveau délai pour le jugement de l'action en résolution. Si, faute par le vendeur de se conformer aux prescriptions du tribunal, l'adjudication avait eu lieu avant le jugement de la demande en résolution, *l'adjudicataire ne pourrait pas être poursuivi à raison des droits des anciens vendeurs*, sauf à ceux-ci à faire valoir, s'il y avait lieu, leurs titres de créances dans l'ordre et distribution du prix de l'adjudication.—Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, etc...» (1). Les Cours de Paris, Bastia, Nancy et Douai, proposèrent d'étendre les dispositions de ce texte aux ventes volontaires (2).

D'autres, et en assez grand nombre, proposèrent d'appliquer la publicité à l'action résolutoire ou, en d'autres termes, de subordonner sa conservation à la conservation du privilége (3).

Une quatrième combinaison fut mise en avant par la Cour de Montpellier; elle consiste à réunir les trois systèmes précédents en les complétant. D'après les idées de cette Compagnie, il eût fallu décider 1° que la durée de l'action résolutoire serait, quant aux tiers, limitée à deux ans, à compter de l'époque d'exigibilité du prix; 2° que la disposition de l'article 717 du Code de procédure serait étendue à toutes les ventes faites sous l'autorité de justice; 3° qu'en cas de vente de gré à gré, le droit de résolution cesserait lorsque l'ancien vendeur aurait comparu à l'ordre; 4° que le droit de résolution ne serait conservé qu'au-

(1) V., sur cet article, Ollivier et Mourlon, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, et Séligman, *Explication de la loi du 21 mai 1858*.

(2) *Documents relatifs au régime hypothécaire*, t. I, introd., p. ccIV; t. III, p. 149, 153, 154 et 159.

(3) En ce sens, Facultés de Paris, Caen, Poitiers et Strasbourg; Cours royales de Riom, Limoges, Angers, Metz, Pau et Rouen. V. *Documents*, t. I, p. ccIII et ccIV; t. III, p. 149, 155, 163, 167 à 172 et 177.

tant que l'acte de vente aurait été transcrit dans les six mois de sa date ; 5° qu'en aucun cas enfin la résolution ne pourrait être demandée, lorsque la moitié du prix aurait été payée (1).

On sait que cette enquête ouverte par les soins du ministre de la justice, M. Martin (du Nord), resta sans effet immédiat. Aucun projet ne fut présenté.

337. La question de la réforme hypothécaire en général, négligée par les législatures suivantes, fut reprise par l'Assemblée législative et largement discutée devant elle. En ce qui touche spécialement l'action résolutoire du vendeur, deux systèmes entièrement opposés cette fois se rencontrèrent, et furent défendus par deux écoles destinées à se combattre, celle des Économistes, et celle des Jurisconsultes.

Les premiers demandaient la suppression à peu près complète de l'action résolutoire au regard des tiers. Ils la proclamaient incompatible avec l'institution du crédit. L'acquéreur, resté débiteur de son prix d'acquisition, ne pouvant se libérer qu'à l'échéance d'un terme signalé par le vendeur, ne pourra trouver personne qui veuille lui prêter sur cet immeuble, lequel ne constitue qu'un gage aléatoire, menacé par une action en résolution qu'il est impossible de purger. Les sous-acquéreurs ne manqueront pas de se montrer, et avec grand'raison, aussi craintifs que les bailleurs de fonds. Le vendeur lui-même n'y trouve pas de protection ; son privilége, utilement et publiquement conservé lui suffit, puisque les enchères lui assurent, soit le paiement de son prix, soit, s'il se rend adjudicataire, la rentrée en possession de son immeuble ; et la procédure de l'adjudication n'est ni beaucoup plus longue, ni beaucoup plus coûteuse que la procédure en résolution. On ajoute que, pour le vendeur malhonnête, l'action résolutoire sera un moyen dont il se servira pour effrayer les créanciers de l'acheteur et pour les rançonner. Elle n'est qu'une cause de complication, puisqu'elle peut, en surgissant, mettre à néant l'ordre clôturé, la purge, et les paiements effectués aux mains des créanciers colloqués. Elle est impuissante à

(1) *Documents retatifs au régime hypothécaire*, t. I, p. 300 à 322.

atteindre son but qui est de remettre les choses dans leur état primitif. Comment empêcherait-elle que l'immeuble ne subît des modifications entre les mains de l'acheteur, dans l'intervalle de la vente à la résolution ? Elle est injuste, elle est contraire aux traditions juridiques de l'antiquité et aux analogies tirées des législations modernes de l'Allemagne, de la Prusse, de la Pologne, de tous les pays où le Crédit foncier n'est pas un mythe, mais une institution vivante et féconde.

Ces idées furent défendues et développées par MM. Michel de Bourges, Dupont de Bussac, et de Vatimesnil.

338. Les jurisconsultes, représentés surtout par MM. Crémieux et Valette, soutinrent que l'action résolutoire devait être maintenue, mais soumise, comme le privilége, au principe de la publicité. Ils commencèrent par écarter plusieurs inexactitudes de fait, qui déparaient la belle argumentation de leurs adversaires. A Rome, l'action résolutoire existait, procédant non pas, il est vrai, de la loi ou de la volonté présumée des parties, mais de leur volonté exprimée.

En Allemagne, en Prusse et en Pologne, l'action résolutoire existe; elle est organisée et publique.

Une seconde critique générale adressée au système des économistes, est que leurs objections prouvent trop, et que si elles étaient fondées, il faudrait abolir l'action résolutoire, non pas seulement à l'égard des tiers, mais entre les parties elles-mêmes. Cette conséquence énergique, il en faut convenir, n'effraie pas tous les économistes, quelques-uns l'admettent, sinon actuellement, au moins pour l'avenir. Il est encore inexact de dire que l'action en résolution est inutile au vendeur, et que l'exercice de son droit de privilége est aussi avantageux pour lui. Cela ne serait admissible que dans les ventes d'immeubles d'une valeur considérable, et ces ventes sont celles qui donnent le plus rarement lieu à des difficultés sur le paiement; mais dans les ventes au-dessous de 1,200 fr., et ce sont les plus nombreuses, d'après les statistiques, le vendeur qui exerce son privilége, par suite de la dépréciation résultant de la mise aux enchères et des frais de procédure, n'arrive jamais

à toucher plus de la moitié de son prix; mieux vaudrait pour lui, à coup sûr, rentrer en possession de sa chose.

L'argument qui consiste à dire que l'action résolutoire rend les sous-aliénations par parcelles d'un immeuble acheté en bloc, sinon impossibles, du moins extrêmement difficiles, est vrai en soi, mais il a le tort de négliger les intérêts du vendeur. Ce dernier, s'il doit être obligé, pour l'exercice de son privilége, de mettre en mouvement autant de poursuites distinctes qu'il y aura de sous-acquéreurs, ne consentira jamais à s'exposer à de si grands et si coûteux embarras; il ne vendra pas; la grande propriété redeviendra immobile; la petite propriété perdra toute chance de se constituer, et par conséquent toute valeur. Ceux qui se décideraient à vendre, remplaceraient la sûreté perdue de l'action résolutoire par des exigences qui seraient autant d'entraves à la circulation et à la franchise des héritages; ils demanderaient ou des paiements faits au comptant, ou des cautionnements, des gages, des hypothèques.

Cette considération des jurisconsultes est très-forte à notre sens, et nous n'avons pas vu que les économistes y aient répliqué.

339. Tel fut au fond ce débat, plein de péripéties émouvantes. Quant au dénoûment, il fut retardé et n'apparut que cinq ans plus tard. L'art. 7 de la loi de 1855 trancha la difficulté dans le sens du maintien et de la publicité de l'action en résolution, et lia intimement son sort au sort du privilége. « L'action résolutoire établie par l'art. 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. »

Un cas est prévu cependant où l'action résolutoire peut être conservée quoique le privilége soit éteint. Les art. 10 et 11, § 4, sont ainsi conçus :

Art. 10. — La présente loi est exécutoire à partir du 1er janvier 1856.

Art. 11. — ..... Le vendeur dont le privilége serait éteint

au moment où la présente loi deviendra exécutoire, pourra conserver vis-à-vis des tiers l'action résolutoire qui lui appartient, aux termes de l'art. 1654 du Code Napoléon en faisant inscrire son action au bureau des hypothèques dans le délai de six mois à partir de la même époque.

Ces textes donnent lieu à l'examen des trois points suivants :

I. Quelle est l'étendue de la solidarité nouvelle établie entre l'action résolutoire et le privilége du vendeur.

II. Quels sont les tiers qui peuvent se prévaloir de l'extinction de cette action.

III. Quelle est la vraie portée de la disposition transitoire de l'article 11.

§ 1er.

Étendue de la solidarité de l'action résolutoire et du privilége du vendeur.

340. Le privilége du vendeur peut exister seul. L'action résolutoire ne peut vivre qu'autant que le privilége n'est pas éteint. Mais le privilége peut prendre fin de plusieurs manières, soit par la négligence du vendeur, soit par un acte de sa volonté. En principe, ces distinctions n'importent pas et ne doivent pas nous arrêter ; et par exemple, la réserve que ferait le vendeur de son action résolutoire, en faisant remise du privilége, n'aurait aucune valeur.

On a soutenu le contraire pour le cas où l'action résolutoire serait inscrite, parce qu'alors les tiers n'auraient pas à se plaindre de la clandestinité du droit. Mais cette clandestinité, œuvre du vendeur, sera toujours fatale, puisque l'action en résolution n'a d'autre publicité que celle du privilége ; elle ne peut jamais être inscrite seule, si ce n'est dans l'hypothèse tout exceptionnelle de l'article 11.

Une distinction doit être admise dans le cas où une vente consentie n'ayant pas été transcrite, et le vendeur n'ayant pris aucune inscription, l'acheteur a disposé de l'immeuble dont il doit le prix, et le sous-acquéreur a fait transcrire son titre. De

deux choses, l'une : ou bien la seconde vente et sa transcription ont été faites dans les quarante-cinq jours à partir de la première vente, et avant l'expiration du délai ; le vendeur originaire peut conserver son privilége et son action résolutoire en transcrivant son titre.

L'inscription d'office qui sera prise en son nom, le maintiendra dans ses droits.—Il les perdra, au contraire, l'un et l'autre, s'il reste dans l'inaction jusqu'au dernier jour.

341. Il est certain, nous venons de le voir, que l'action résolutoire ne peut vivre seule après qu'elle a existé avec le privilége ; mais peut-elle naître seule? Une vente est consentie, et il est convenu par une clause spéciale du contrat que l'immeuble vendu ne sera point affecté par privilége au paiement du prix ; le vendeur non payé pourra-t-il néanmoins agir en résolution? Dans le sens de l'affirmative, on invoque la lettre de la loi : elle dit bien en effet que lorsque le privilége cesse d'exister, l'action résolutoire s'éteint comme et avec lui ; mais elle ne dit en aucune manière que dans le cas où il ne prend point naissance, elle ne naît point elle-même. L'interprétation raisonnable de la volonté des parties est déjà fort contraire à cette solution, et il y a lieu de penser que la renonciation au privilége enveloppait, lors du contrat, la renonciation au droit de résolution. L'objet de la première, était de la part du vendeur de créer ou d'aider le crédit de son acheteur, en facilitant ses rapports avec les tiers ; or comment concilier ce désir évident avec la réserve du droit de résolution qui n'aura pour l'acheteur d'autre effet que d'enchaîner et de ruiner son crédit? L'esprit de la loi n'est pas moins contraire à cette action résolutoire, solitaire et clandestine. Et qu'on ne dise pas que le vendeur pourra l'inscrire ; il n'aurait cette faculté que dans le cas prévu et sous le délai imparti par l'article 11, § 4. Mais s'il faut à toute force opposer une réfutation juridique à l'argument de texte qu'on invoque, on le peut faire par un moyen qui n'est pas tout à fait une subtilité, quoi qu'on ait dit. D'où procède le privilége du vendeur? De la loi elle-même qui l'a attaché entièrement à la vente. Il est né au profit du vendeur dès l'instant du concours

des deux volontés. Il a donc existé, ne fût-ce qu'un instant de raison, et la *renonciation* du vendeur l'a frappé, non pas d'inexistence dans le passé, mais *d'extinction*. Les termes de la loi doivent donc être appliqués à cette hypothèse.

342. Prenons une autre espèce. Un vendeur non payé a conservé ses droits en se conformant à la loi. Un sous-acquéreur lui fait à lui et aux autres créanciers inscrits des notifications à fin de purge; il n'est intervenu aucune surenchère, et le délai pour surenchérir est expiré. Le premier vendeur pourra-t-il encore demander la résolution de la vente? Oui, suivant quelques-uns, parce que son privilége est éteint, aux termes de l'article 2180 du Code Napoléon, portant que « les priviléges s'éteignent par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites pour la purge. » Le parti que nous avons pris plus haut sur la divisibilité des éléments qui constituent le privilége, rapproché du sens restrictif non contesté de l'art. 2180, nous conduit, sous peine de manquer de logique, à repousser cette solution. L'art. 2180 n'éteint pas le privilége entier, tel que l'entend l'article 7 de la loi du 23 mars 1855; loin de là, il ne touche qu'à un droit très-secondaire: les effets de la purge ne sont autres que la fixation définitive du prix ou de la valeur de l'immeuble auquel elle se rapporte. Elle n'éteint donc que le droit de surenchère; elle laisse même subsister en partie le droit de suite, puisque, tant que l'acquéreur demeure débiteur de la somme par lui offerte, l'immeuble reste affecté à la sûreté des créanciers inscrits; quant au droit de préférence sur le prix, elle le laisse absolument intact. Cela étant, il est impossible de dire, sans détourner le sens de l'article 7, que dans notre cas le privilége soit éteint. Il subsiste dans ses effets principaux; donc l'action résolutoire elle aussi peut vivre. Ajoutons que telle a été certainement l'intention du législateur. Dans le système exposé en 1850 par MM. Valette et Rouher, la purge accomplie selon les formes dont il vient d'être parlé, n'entraînait point l'extinction de l'action en résolution, puisque, par un amendement particulier, ils proposaient de réformer le Code Napoléon sous ce rapport, et que cet amendement n'a point passé dans la loi nouvelle.

343. Il ne faut pas exagérer la solidarité des deux droits de résolution et de privilége. La jurisprudence a eu à se prononcer sur une question où le doute était en effet possible, en présence des termes de la loi, absolus et vagues en même temps. L'action en résolution a été valablement intentée alors que le privilége existait. Mais, au cours de l'instance, ce privilége s'éteint, soit par le manque de renouvellement de l'inscription, soit par autre cause; l'action en résolution tombera-t-elle en même temps, et l'instance devra-t-elle s'arrêter? Le texte semble favoriser l'affirmative : « l'action résolutoire ne peut être *exercée* après l'extinction du privilége du vendeur. » Il s'agit de bien déterminer le sens des mots; exercer, ici, est le synonyme *d'introduire*. Et, en effet, il est certain que l'action ne peut être introduite quand le privilége est éteint; cela n'est autre chose que notre principe même. Mais la loi n'a pas eu la pensée d'empêcher que l'instance valablement commencée ne pût être *continuée*. Tout s'oppose à une telle interprétation : la nature déclarative du jugement qui décide qu'une action était bien ou mal fondée au moment où elle a été formée; l'absence de danger pour les tiers qui, au moment où l'action est mise en mouvement, ont devant eux un privilége qui n'a cessé d'exister publiquement; la justice, enfin, qui serait violée si le défendeur pouvait bénéficier des retards, que sa résistance illégitime a apportés à la reconnaissance des droits du demandeur (1).

344. Le lien qui unit le privilége de l'article 2108 à l'action résolutoire n'existe pas seulement tant que le vendeur reste dans ses droits; si celui-ci se subroge un tiers, le lien n'en subsiste pas moins, et le tiers, seulement subrogé dans le privilége, a par là même l'exercice de l'action résolutoire. Nous rejetons la distinction établie par quelques-uns avant la loi de 1855 entre le cas où le tiers est subrogé *dans les droits* et le cas où il est subrogé *dans les priviléges et hypothèques* du vendeur. Daprès les principes mêmes du Code Napoléon, l'action en résolution est inhérente à la créance du vendeur; elle est la sanction légale

(1) *Sic*, Cour de Riom, 7 janvier 1859.

de l'obligation de l'acheteur, elle doit l'accompagner et en assurer l'accomplissement, au profit de ceux que le vendeur a mis en son lieu et place. Ajoutons que la solution contraire irait contre les intentions de la loi, si favorables à la subrogation.

345. Avant de quitter l'étude du principe de la solidarité qui lie l'action résolutoire au privilége du vendeur, examinons une difficulté intéressante qui nous fournira, par les points qu'elle engage, une transition naturelle à la recherche du vrai sens à donner au mot tiers, d'après l'article 7 de la loi de 1855. La question est de savoir si cet article est applicable, en matière de vente publique volontaire d'immeubles, au droit de poursuivre la revente sur folle enchère, pour inexécution des clauses du cahier des charges? Ceux qui professent l'affirmative assimilent entièrement la poursuite de folle enchère exercée par le premier vendeur vis-à-vis d'un sous-acquéreur à une action résolutoire ordinaire, sans tenir compte de la différence qui sépare leurs effets respectifs, puisque celle-ci fait rentrer la propriété elle-même dans les mains du vendeur, tandis que la première ne peut lui procurer que le prix de la chose. Cette assimilation affirmée, on applique simplement l'article 7 de la loi de 1855. Mais tout d'abord si l'on prouve, et c'est ce que nous avons à faire, que l'action résolutoire et la poursuite sur folle enchère se différencient profondément, l'on aura écarté l'application de l'article 7. Il est bien certain, en effet, que rien ni du texte de la loi, ni des travaux préparatoires, ne peut laisser apercevoir le désir chez le législateur d'appliquer l'article 7 à une action distincte, tout à fait différente de celle qu'organise l'article 1654 du Code Napoléon. Voyons donc ces différences : on en peut facilement compter quatre: 1° l'action résolutoire, action principale; 2° n'est applicable qu'aux ventes définitives; 3° et en cas de non paiement du prix seulement; 4° elle n'appartient qu'au vendeur et à ses subrogés. Or la procédure de folle enchère, qui n'est qu'un incident à la poursuite de surenchère, peut être suivie, non seulement pour défaut de paiement, mais encore pour inexécution des clauses de l'adjudication et par toutes personnes intéressées. Enfin, la vente sur

surenchère n'est pas une vente pure et simple, elle est faite sous la condition suspensive de l'acquittement des charges et conditions de l'adjudication, et, si ces charges et conditions ne sont pas accomplies, la vente est réputée n'avoir jamais existé (1).

La Cour de Besançon à laquelle appartient cette décision, l'a rendue dans une espèce où, pour la justifier pleinement, il était nécessaire d'établir que l'on doit comprendre parmi les tiers ayant acquis des droits réels sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, les créanciers au nom desquels, en cas de faillite de celui-ci, a été prise l'inscription prescrite par l'article 490 du Code de commerce. Ce point qui sert de base à la solution de l'arrêt, est considéré par lui comme constant et hors de doute. Nous le croyons très-exact en effet, mais comme il a été vivement contesté et qu'il est devenu, pour ainsi dire, le centre des controverses, soulevées par la seconde partie de l'article 7, nous en entreprenons la démonstration.

§ 2.

Quels sont les *tiers* qui peuvent se prévaloir de l'extinction de l'action résolutoire.

346. — Faisons tout d'abord connaître les conséquences pratiques du système qui refuse la qualité de *tiers* dans le sens de l'article 7, aux créanciers d'un failli, au nom desquels a été prise l'inscription de l'art. 490 du Code de commerce.

On en a conclu :

Que le vendeur qui n'a pas inscrit son privilége avant la faillite de l'acheteur, ou qui n'a fait transcrire la vente et inscrire le privilége que dans les dix jours qui ont précédé la faillite, conserve néanmoins le droit d'exercer l'action résolutoire contre les créanciers, même utilement inscrits de ce dernier;

Que les créanciers hypothécaires, même utilement inscrits, d'un acquéreur qui n'a pas fait transcrire son contrat, restent

(1) Arrêt du 16 décembre 1857.

soumis à l'actiou résolutoire du vendeur, encore bien qu'il ait perdu son privilége;

Puis étendant ces conséquences, ce qui est logique, au cas où il s'agit non plus des créanciers d'un failli, mais des créanciers chirographaires de la succession bénéficiaire de l'acheteur, on a de même refusé à ces derniers la qualité de *tiers* et on a soutenu que le vendeur non payé conserve contre eux son action résolutoire, quoiqu'il ait perdu son privilége, par exemple, faute d'avoir renouvelé l'inscription d'office prise par le conservateur en vertu de l'art. 2108.

Nous soutenons que ces diverses classes de créanciers sont des *tiers;* que le bénéfice de l'article 7 leur est dû, et que, dans les trois hypothèses où on les soumet à l'exercice de l'action résolutoire, ils doivent, au contraire, en être garantis.

Écartons d'abord un argument invoqué par les protecteurs du vendeur non payé. Le privilége, non encore inscrit lors de la faillite, n'est pas éteint dans le sens de l'article 7, prétendent-ils. La faillite met obstacle à ce que le privilége soit inscrit; elle n'en purge pas l'immeuble; il pourra plus tard être inscrit d'office, dans le cas où le syndic ferait transcrire le contrat; il produira alors tout son effet. Il n'est frappé que d'une paralysie temporaire et conditionnelle ; il n'est pas mort. Donc, l'action résolutoire vit, elle aussi, et peut être exercée. C'est là, selon nous, une erreur certaine. L'article 448 du Code de commerce condamne à l'inertie tout privilége qui n'a pas été inscrit avant le jugement déclaratif de la faillite. Comment comprendre alors, que l'action résolutoire dont l'existence se lie indissolublement, d'après les principes de la loi nouvelle, à l'existence du privilége, puisse s'exercer à un moment où le privilége a perdu son efficacité? Comment comprendre que cette action qui, dans la pensée du législateur, en 1850, en 1855, ne devait être opposable aux tiers qu'autant qu'elle se serait retrempée dans la publicité, exigée pour le privilége, produise tous ses effets à un moment où le privilége ne peut plus être rendu public.

347. Arrivons bien vite aux autres arguments, à ceux qui répondent au titre de ce paragraphe, et qui forment la vraie défense du système de nos adversaires.

Eh bien! oui (ils font cette concession), le privilége est perdu. Mais l'action résolutoire survit, parce que les créanciers de la faillite ne sont que des *chirographaires ;* ils ne sont pas des *tiers ;* ils n'ont pas acquis de droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur. Ils ne peuvent se trouver dans le cas de l'article 7 qu'à partir de l'inscription que les syndics doivent requérir. Ceci contient une exagération et une hérésie. Il n'est pas exact en soi que les créanciers du failli n'aient aucun droit sur l'immeuble. La loi, qui le leur remet pour l'administrer et s'en faire payer ensuite, leur concède, ainsi sur l'immeuble, un de ces droits de saisine qu'elle sait et veut protéger.

Il résulte de cette première partie du système combattu, que la condition des créanciers n'est pas, après, ce qu'elle était avant l'inscription. Erreur. Ce n'est pas l'inscription, c'est le jugement déclaratif de faillite qui arrête et fixe irrévocablement les droits des créanciers; l'inscription qui peut être prise plus tard, n'ajoute rien à la nature de ces droits; elle n'a pour objet, elle n'a la vertu que de les conserver tels qu'ils ont été créés par le jugement déclaratif de faillite.

Mais on va plus loin et on dit :

Les créanciers même inscrits ont bien cessé d'être de simples chirographaires ; ils ne sont pas encore des *tiers*, si la vente n'a pas été transcrite.

Et, en effet, à l'égard de ceux qui tiennent leurs droits du vendeur, le dessaisissement de celui-ci n'a lieu que du moment de la transcription de la vente. A partir de là, ce sont des tiers ayant des droits qui leur sont propres. Mais à l'égard de ceux qui tiennent leurs droits de l'acheteur, ils ne sauraient en avoir plus que leur auteur. Or, vis-à-vis de lui, tant que la vente n'est pas transcrite, le vendeur n'est pas dessaisi ; il ne l'est donc pas à l'égard de ceux qui, vis-à-vis de son acheteur, ne sont que des ayant-cause, non des *tiers*.

Le mot *tiers* est prononcé deux fois dans le cours de ce raisonnement. Chaque fois, il a un sens différent. Jamais il n'a la signification qui lui est attribuée par notre article 7. A cela près, l'argumentation que nous avons rapportée, serait assez satisfaisante.

D'abord on lui attribue la portée qu'il a dans l'article 3, où la loi détermine les effets de la transcription des actes translatifs de propriété. Qui ne voit que cet article ne saurait nullement réagir sur la disposition de l'article 7, lequel n'a trait qu'aux conditions d'exercice de l'action résolutoire de la part du vendeur, et ne fait nullement varier ces conditions, selon que la vente a été transcrite, ou qu'elle ne l'a pas été. Dans l'article 3, tout dépend de la transcription. Dans l'article 7, la transcription n'est pas nommée et tout dépend de la conservation du privilége.

La seconde fois que nous voyons surgir le mot *tiers*, c'est avec une acception toute nouvelle, ou, si on l'aime mieux, fort ancienne, car c'est celle qui lui est attribuée par le Code Napoléon. Mais ici nos adversaires sont plus malheureux ; s'il y a une différence entre l'article 3 et notre article 7, il existe une opposition complète entre le même article 7 et le Code Napoléon. Eh ! oui, en thèse générale, les créanciers, même hypothécaires, de l'acquéreur ne sont, comme lui, que les ayant-cause du vendeur, et, comme nous allons le voir, les actions dont l'acquéreur est passible de la part du vendeur, leur sont également opposables. C'est en vertu de ce principe que, d'après le Code Napoléon, l'action résolutoire pouvait atteindre ces créanciers et les autres ayant-droit de l'acquéreur, même après l'extinction du privilége. Or, c'est précisément cet état de choses désastreux que l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 a eu pour but de faire cesser. Le déclarer inapplicable à ceux qui tiennent leurs droits de l'acquéreur, sous prétexte qu'ils ne sont pas des tiers, c'est lui enlever toute sa portée. Si vicieuse que soit la rédaction d'une loi abrogeante, il ne faut jamais l'interpréter d'après les principes contraires de la loi abrogée.

Nos contradicteurs ont grand tort, en vérité, de mettre en avant leur syllogisme; sa majeure et sa mineure, adoptées par nous, conduisent à la ruine de leur système. Les créanciers inscrits de l'acheteur, disent-ils, sont, jusqu'à la transcription, ses simples *ayant-cause*. Nous le voulons bien. Or, ils sont, vis-à-vis du vendeur, dans la même situation que l'acheteur lui-même.

Sans doute. Donc, et ici nous gardons la parole, donc le vendeur. pas plus qu'il ne le pourrait contre l'acheteur, ne peut se prévaloir contre eux du défaut de transcription. Ils sont les ayant-cause du vendeur lui-même, puisqu'ils sont les ayant-cause de son ayant-cause.

Ces choses dites, nous demandons ce qui peut être opposé à cet autre syllogisme :

L'action résolutoire est liée au privilége, lequel n'existe que par la publicité (Loi du 23 mars 1855, article 7).

Or, le vendeur, placé dans l'impossibilité de conférer la publicité à son privilége par l'acceptation bénéficiaire de la succession (article 2146 C. N.) ou par la mise en faillite de son débiteur (article 448 C. de com.), se trouve dépouillé de ce droit.

Donc le vendeur est privé de son action résolutoire.

§ 3.

Vraie portée de la disposition transitoire de l'article 11.

348. Quel que fût son désir de tirer de la loi de publicité les résultats les plus prompts et les plus nombreux, le législateur ne pouvait, sans violer le principe de non-rétroactivité et sans se rendre par cela même coupable d'injustice, soumettre purement et simplement à l'article 7 les actes antérieurs à la loi du 23 mars 1855. Mais il n'était pas obligé davantage de les en dispenser à tout jamais. Un moyen terme pouvait légitimement être adopté. On a reconnu, jusqu'au moment où la loi deviendrait exécutoire, l'existence de droits non publics résultant d'actes non publics. Mais on a, pour l'avenir seulement, imposé à la conservation de ces mêmes droits des conditions nouvelles en accordant aux titulaires un délai suffisant pour les remplir. Une publicité spéciale a été organisée pour le cas où l'action résolutoire ne pourrait plus être portée à la connaissance des tiers par l'inscription du privilége. Si, au 1er janvier 1856, le privilége est éteint, le vendeur pourra conserver son action résolutoire en la faisant inscrire dans les six premiers mois de l'année 1856,

349. La première question qui se présente est de savoir si la formalité de l'inscription est absolument nécessaire ou si, au contraire, elle ne pourrait pas être remplacée. Pourrait-elle l'être par l'exercice même de l'action? Un vendeur dont le privilége était éteint au 1er janvier 1856, laisse écouler les six mois sans inscrire son action résolutoire, mais, pendant qu'ils courent, il forme sa demande en résolution. Le délai expire, les tiers intéressés soutiennent que, faute d'avoir été inscrite, son action résolutoire est perdue pour lui. Sont-ils fondés? Nous le pensons. Les termes de la loi sont formels et ne laissent pas au vendeur la liberté de choisir un mode de publicité à sa convenance; et, d'ailleurs, celui que le vendeur a choisi est fort insuffisant. Quoi qu'il en dise, l'introduction d'une demande en justice ne contient la manifestation du droit prétendu que par rapport aux parties en cause et ne présente pour les tiers aucun des caractères ni aucune des garanties qui sont attachées, par la loi, à l'inscription. « Mais, dira peut-être le vendeur, le jugement étant déclaratif, ses effets remontent au jour de la demande, et à ce moment, mon action résolutoire n'était pas perdue puisque j'aurais pu l'inscrire. » Cela ne saurait être admis. Au jour de la demande, l'action en résolution existe, oui, mais elle existe sous deux conditions superposées: l'une résolutoire, l'inscription dans le délai, et l'autre suspensive, le jugement favorable. La première se réalisant, détruit absolument, pour la seconde, la possibilité de faire vivre le droit.

L'événement de la condition résolutoire était la non-inscription de l'action au 1er juillet 1856. Il s'est produit. Qu'importera la sentence favorable? Elle remontera dans le passé, oui. Mais que trouvera-t-elle? Un droit déjà résolu. Ces derniers mots ne pourraient point s'appliquer au cas où le jugement, reconnaissant au fond l'existence de l'action résolutoire, serait rendu avant l'expiration du délai de six mois. Il est certain, en effet, que le jugement, en rétroagissant au jour de la demande, ne trouvera plus cette fois un droit résolu, puisque le jour où peut se produire juridiquement la condition résolutoire n'est pas encore arrivé. Nous n'en maintenons pas moins notre solution.

Dans ce cas, la sentence reconnaît un droit existant, mais un droit conditionnel. La condition résolutoire se réalisant le 1er juillet 1856, le défaut d'inscription régulière détruit rétroactivement et le droit du vendeur, et la demande, et le jugement rendu à son occasion.

350. Mais, nous l'avons déjà dit, cette déchéance ne devrait pas être prononcée contre le vendeur qui ayant pris inscription pour la conservation de son privilége antérieurement au 1er janvier 1856, aurait tout à la fois, dans le cours du délai, intenté la demande en résolution et laissé périmer son inscription. Son action en résolution ne serait pas éteinte. Cette doctrine n'est pas contradictoire avec la solution précédente, puisque les deux hypothèses sont séparées par une différence importante. Dans la seconde, le privilége et l'action résolutoire existent certainement au moment de l'introduction de la demande; dans la première, le privilége était éteint au moment où le vendeur a formé sa demande en résolution, et aucune inscription n'avait été prise par lui pour la conservation de son action résolutoire (1).

SECTION QUATRIÈME.

EFFETS DE LA PUBLICITÉ SUR LA CONSERVATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA VEUVE, DU MINEUR ET DE L'INTERDIT.

351. Les modifications apportées par la loi du 23 mars 1855, avons-nous dit au commencement de la section deuxième du présent chapitre, sont contenues dans une règle générale (art. 6, §§ 1 et 3), et dans plusieurs exceptions, relatives les unes aux priviléges, les autres aux hypothèques. Nous avons exposé la règle générale (sect. 2e, § 1er).

Nous venons de terminer ce qui concerne les exceptions relatives aux priviléges (sect. 2e, § 2, et sect. 3e).

(1) *Sic.*, Cassat., Ch. des req. Rejet de pourvoi contre un arrêt de la Cour de Montpellier. DALL., 1859, 1, 500.

Occupons-nous maintenant des exceptions relatives aux hypothèques.

Elles sont contenues dans les articles 8 et 11, § 5, ainsi conçus :

Art. 8. Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayant-cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement.

Art. 11. § 4..... L'inscription exigée par l'art. 8 doit être prise dans l'année à compter du jour où la loi est exécutoire ; à défaut d'inscription dans ce délai, l'hypothèque légale ne prend rang que du jour où elle est ultérieurement inscrite.

352. La publicité des hypothèques est aujourd'hui un axiome de législation. Comme occasion de débat, c'est un sujet mort, qu'aucun homme doué de cette partie de l'intelligence appelée sens commun ne tentera jamais de galvaniser. Il n'en était pas de même en 1804, et parmi les rédacteurs du nouveau Code, d'éminents réactionnaires, Portalis, Bigot-Préameneu, Tronchet, Maleville, se constituèrent les apôtres du secret des hypothèques, autrefois attaqué par Sully et Colbert, détruit enfin par la loi du 11 brumaire an VII, qu'un jurisconsulte contemporain a justement qualifiée immortelle. Cette loi avait admis l'existence des hypothèques légales des incapables, mais elle les les avait soumises comme les autres au régime de l'inscription. Cela ouvrit aux deux partis du Conseil d'État de 1804 la voie d'une transaction : l'hypothèque devint, ou plutôt resta, publique, mais l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits redevint secrète et n'eut pas besoin d'être inscrite pour être efficace.

Ces hypothèques doivent-elles être dispensées d'inscription ?

Doivent-elles être rendues publiques ?

Ne devraient-elles pas même être entièrement supprimées ?

Questions bien vivantes, celles-là ! que la première moitié de ce siècle vit débattre à ses législateurs successifs, philosophes, jurisconsultes, économistes, devant lesquelles on voudrait s'ar-

rêter longuement et qu'on regrette toujours, si faible qu'on soit, de ne pouvoir creuser à loisir, car elles engagent non-seulement les intérêts matériels et sociaux, mais encore les plus délicates susceptibilités de la conscience individuelle. Dès 1812, la question fut posée au Conseil d'État de savoir s'il ne conviendrait pas de fixer un délai dans lequel la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit rendu à la capacité civile ou leurs héritiers seraient tenus d'inscrire leur hypothèque légale. Le Conseil d'État répondit : non.

Les Cours Impériales et les Facultés de Droit, consultées en 1841, se prononcèrent en général pour l'adoption de mesures nouvelles destinées à assurer l'inscription de l'hypothèque légale des incapables. On différait d'ailleurs sur le point important de savoir si ces hypothèques seraient ou non indépendantes de l'inscription.

En 1851, les trois questions formulées plus haut furent posées à l'Assemblée législative.

Supprimer entièrement les hypothèques légales du mineur, de la femme et de l'interdit ; des hommes pleins d'une sage hardiesse, M. Valette, M. Wolowski, le voulaient. Il fallait vaincre une habitude, ils ne furent pas assez forts.

Revenir à la loi de brumaire, en prenant des précautions pour que ces hypothèques fussent inscrites, c'était ce que voulait M. de Vatimesnil, et ce que voulut un instant M. Rouher. M. Pougeard demandait, outre la publicité, la spécialité des hypothèques légales.

Ces idées qui, elles aussi, furent rejetées au profit du Code Napoléon, défendu par Demante et resté vainqueur, ont été depuis fort maltraitées par une plume illustre. Ce ne seraient que de « vaines et chimériques utopies,..... tombées dans le ridicule et le dédain dont elles ne se relèveront pas tant que le sens commun gouvernera la France (1). » D'où il faut conclure que le sens commun ne gouverne plus la Belgique, car nos voisins, dans leur loi du 16 décembre 1851, ont consacré

(1) M. TROPLONG, *Transcription*, n° 1er.

ces vaines et chimériques utopies; ils s'en trouvent même fort bien.

353. Le législateur de 1855 a adopté le système du Code Napoléon en y apportant un tempérament. Il a considéré l'hypothèque des incapables dans deux périodes distinctes. Pendant la durée de l'incapacité, il n'a rien changé; après que l'incapacité a cessé d'être, il a imposé aux incapables des obligations nouvelles. En un mot, le privilége de clandestinité subsiste au profit des incapables, tant que dure leur incapacité; il cesse quand elle cesse.

Nous n'avons à nous occuper que de la seconde de ces périodes de temps. La première n'appartient pas à notre sujet. Nous étudierons successivement la condition juridique des trois classes d'incapables mentionnés par la loi nouvelle. Contrairement à l'ordre suivi par le texte et par les commentateurs, nos maîtres, nous terminerons cette section par l'examen de l'hypothèque légale de la femme devenue veuve. Ce sujet ayant une parenté indirecte sans doute, mais plus rapprochée que les deux autres, avec le sujet de la section suivante, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme en mariage.

354. L'unité, du reste, est presque complétement faite à l'avance. La plupart des solutions applicables à l'une des trois hypothèques légales est aussi applicable aux deux autres.

Des termes de l'article 8 peut naître pour l'esprit une incertitude en ce qui concerne le mineur. Ils sont empreints, au commencement de l'article, d'un caractère de spécialité peu en harmonie avec le caractère de généralité qu'ils revêtent dans les dernières lignes du texte. La loi parle d'abord du *mineur devenu majeur*, par où elle semble limiter l'obligation qu'elle impose, et ne faire cesser la dispense d'inscription que dans le seul cas où la tutelle prend fin par l'avénement du pupille à la majorité. Mais elle parle ensuite de la *cessation de la tutelle*, par où elle semble prescrire la publicité dans tous les cas de cessation de tutelle, qu'elle ait pris fin par la majorité, par l'émancipation du pupille, par la mort du tuteur. Pour savoir au juste si l'article 8 est applicable, il faut se préoccuper du point de savoir si, après la

cessation de la tutelle, il y a encore un mineur à protéger. Si oui, l'article n'est pas applicable et l'hypothèque se conserve d'elle-même; si non, l'article trouve sa place et le délai qu'il impartit commence à courir. La tutelle prend-elle fin par la majorité du pupille, et c'est précisément le cas prévu, c'est à lui de pourvoir à la conservation de ses droits. La tutelle prend-elle fin, au contraire, par le décès du tuteur, ou par l'émancipation, l'hypothèque subsiste sans publicité ; il n'y a point lieu d'appliquer notre article 8.

Ce que nous venons de dire est vrai de l'interdit, en écartant bien entendu l'hypothèse, impossible cette fois, de l'émancipation. Son interdiction est-elle levée, il recouvre son entière capacité, et, la faveur de la dispense contenue dans l'art. 2135 du Code Napoléon cessant, il est atteint par l'obligation d'inscrire imposée par notre article 8.

Parlons maintenant des héritiers du mineur ou de l'interdit. Quelle sera leur condition dans le cas où la tutelle, sous laquelle était placé leur auteur, a cessé par sa mort, ou bien si son décès est survenu après qu'il était sorti d'incapacité, mais avant l'expiration du délai que lui a laissé la loi pour donner la publicité à son hypothèque?

L'obligation d'inscrire passera certainement aux héritiers ; dans le dernier cas, parce qu'ils continuent leur auteur qui, étant relevé de l'interdiction au moment de sa mort, aurait eu lui-même à pourvoir à la publicité de son hypothèque dans les termes de la loi nouvelle; dans le premier cas, parce que les héritiers ne sont pas vis-à-vis du débiteur du compte de tutelle, dans l'état qui avait motivé la dispense d'inscription en la personne de leur auteur. Mais, dira-t-on peut-être, s'ils sont eux-mêmes mineurs, cette solution ne devrait-elle point être modifiée? Non, selon nous, parce qu'ils peuvent encore agir, non par eux-mêmes, sans doute, mais par leurs représentants légaux, par leurs propres tuteurs.

355. Quant à la femme, aucune amphibologie pareille à celles que nous avons signalées pour le mineur et l'interdit, ne peut se rencontrer. Le texte est net: l'hypothèque de la femme, tant

que le mariage subsiste, est régie par les dispositions du Code Napoléon et demeure dispensée d'inscription. La nécessité d'inscrire n'apparaît pour la femme que lorsqu'elle est devenue *veuve*, lorsque le mariage est dissous. D'où il résulte que l'art. 8 n'est pas applicable à la femme séparée, ou de corps, ou de biens seulement.

La loi de 1855 a été en cela moins hardie que l'édit de 1673, lequel obligeait non-seulement la veuve, mais encore la femme séparée de biens à former son opposition sur les biens de son mari, et de la faire enregistrer dans un délai déterminé. Les commentateurs s'accordent à faire remarquer que cette plus grande réserve du législateur de 1855 a été intentionnelle. On a considéré, disent-ils, que si la séparation rend à la femme un droit d'administration plus ou moins étendu, elle ne détruit pas absolument l'influence maritale, et ne donne pas à la femme une indépendance telle, qu'elle soit suffisamment en position de veiller par elle-même à la conservation de ses droits. Nous nous permettrons de faire observer que ces motifs déjà mauvais pour le cas de séparation de biens, sont absolument sans valeur dans celui de séparation de corps.

Mais si l'article 8 est applicable seulement quand le mariage a pris fin, il l'est toujours dans ce cas, que la dissolution ait eu pour cause le prédécès de la femme ou le prédécès du mari.

356. Si le mariage s'est dissous par la mort de la femme, la question naît de savoir si l'obligation d'inscrire existera pour ses héritiers. La loi ne parle en effet que des héritiers ou ayant-cause de la *veuve* et non des héritiers ou ayant-cause de la femme décédée en mariage. Mais l'esprit de la loi doit venir ici en aide à sa lettre. Qu'a voulu le législateur ? Limiter dans une juste mesure la faveur dont jouit l'hypothèque légale, et rentrer dans la règle commune de la publicité aussitôt que cesse l'état de subordination ou d'incapacité qui a fait fléchir la règle. Cette idée, fondamentale et dirigeante, nous conduit à faire une distinction et une sous-distinction. Il faut voir d'abord si les héritiers de la femme sont majeurs ou mineurs. S'ils sont majeurs, il faudra dire sans hésiter qu'ils devront rendre publique, dans

les termes de l'art. 8 de la loi nouvelle, l'hypothèque qu'ils trouvent dans la succession, comme garantie des droits de celle qu'ils représentent.

S'ils sont mineurs, il faut se préoccuper de savoir, non pas comme on l'a dit, si les héritiers de la femme sont ses propres enfants nés du mariage, mais s'ils ont pour tuteur le mari, qu'ils soient d'ailleurs les enfants ou les neveux de la *de cujus*. Les héritiers mineurs ont-ils pour tuteur un étranger, ils sont dans l'obligation de rendre publique l'hypothèque qu'ils tiennent de leur auteur. Nous ne trouvons pas ici l'état de dépendance qui a servi de cause ou de prétexte à l'exception infligée au principe de la publicité, et quant à l'incapacité, elle est couverte par leur tuteur, qui sera chargé d'agir suivant les termes de l'art. 8 de la loi nouvelle, et de prendre inscription au nom de ses pupilles dont toutes les garanties seront dans la responsabilité de ce tuteur.

Au contraire, les héritiers mineurs de la femme ont-ils pour tuteur le mari, il en devra être autrement. Ici nous voyons succéder à l'état de dépendance dans lequel était la femme vis-à-vis du débiteur de la dot, l'état d'incapacité et de dépendance de ceux qui désormais sont les créanciers de cette même dot. En se plaçant au point de vue où s'est placé le législateur, il est certain que la protection de la loi continue d'être nécessaire autant qu'elle l'était pour la femme avant la dissolution du mariage, et qu'ainsi l'hypothèque devra subsister indépendamment de toute inscription tant que l'incapacité et la dépendance subsisteront elles-mêmes. Suppose-t-on que la tutelle des héritiers mineurs de la femme se retire des mains du mari par une cause autre que la mort, destitution ou démission, le tuteur qui lui succédera sera obligé, suivant nous, d'inscrire l'hypothèque de ses nouveaux pupilles dans l'année qui suivra son entrée en fonctions.

Dans le cas où la tutelle réside entre les mains du mari, et où l'hypothèque de la femme passée à ses héritiers demeure dispensée d'inscription, on s'est demandé si cette hypothèque, qui garantit le recouvrement de la dot et des reprises, continuera

d'avoir le rang et la date qu'elle avait entre les mains de la *de cujus*, ou si elle datera désormais du jour de l'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire de la dissolution du mariage. Il nous semble plus juridique de décider qu'elle aura toujours sa première date, parce que l'hypothèque, ne participant en rien de celle qui prend naissance dans le fait de la tutelle, n'a aucun motif de prendre sa date au jour où la tutelle a commencé, tandis qu'elle n'est que la continuation de l'hypothèque de la femme dont les mineurs sont les ayant-droit.

357. La sanction de l'ordre contenu dans les articles 8 et 11, § 5, est énergique. Si l'hypothèque légale des incapables n'est pas inscrite dans le délai imparti, elle cesse d'être efficace à partir du jour où elle est née; et si plus tard elle est inscrite, elle ne produira son effet qu'à partir de cette inscription tardive. La disposition transitoire contenue dans l'article 11 va plus loin encore. Elle décide que les veuves, les ex-mineurs et les individus sortis d'interdiction, qui étaient en possession de leurs droits avant le 1er janvier 1856, devront, pour conserver désormais leur hypothèque sur les biens de la succession du mari ou sur ceux de leurs ex-tuteurs, se conformer aux dispositions de l'article 8.

Plusieurs difficultés sont nées et de la disposition sanctionnatrice et de la disposition transitoire; elles peuvent intéresser la veuve et les ayant-cause qu'elle s'est valablement donnés, soit depuis la dissolution du mariage, soit pendant le mariage. Nous n'avons à nous occuper ici que de la veuve et de la première classe d'ayant-cause; l'étude que nous avons à faire de la condition des seconds appartient à la section suivante.

En ce qui concerne la veuve, la question s'est présentée de savoir si l'article 8 lui est applicable dans le cas où ses droits, ouverts sous la loi ancienne, auraient été liquidés avec saisie des immeubles du mari, avant l'expiration du délai d'un an, à elle accordé par l'article susmentionné. La loi doit, à notre sens, être appliquée à cette hypothèse. L'adjudication seule opère la réalisation du gage hypothécaire au profit des créanciers, quels qu'ils soient; et jusqu'à cet acte, qui met le prix de l'immeuble

en distribution entre les ayant-droit, l'hypothèque n'a point produit tout son fruit et reste soumise, quant à sa conservation, à toutes les formalités prescrites par la loi, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la poursuite est exercée en vertu d'une hypothèque légale ou en vertu d'une hypothèque ordinaire.

Mais cette solution resterait-elle vraie si le droit résultant de l'hypothèque légale de la femme s'était ouvert avant la loi de 1855, et si l'action avait été intentée avant l'expiration de l'année pendant laquelle l'hypothèque est dispensée d'inscription? Dans l'intérêt de la veuve, on pourrait faire valoir une distinction entre les femmes devenues veuves avant, et celles qui sont devenues veuves après la loi du 23 mars 1855.

Mais il résulte et du texte législatif et de la discussion préparatoire, que le législateur a voulu faire cesser radicalement le danger des hypothèques occultes à partir de la dissolution du mariage, sans distinction ni restriction aucune. Mais, dit-on, si l'on applique ici l'article 8, on fait produire à la loi un effet rétroactif. Erreur: la disposition contenue dans ce texte a pour but de régler la transition d'un régime à un autre, elle prend les choses en l'état où elles se trouvent, les reconnaît comme valablement existantes et ne touche en rien aux faits consommés. Or, l'obligation imposée à la veuve de prendre inscription dans un délai déterminé, afin de conserver la date et le rang de son hypothèque, ne porte aucune atteinte au droit en lui-même, quant aux effets qu'il a pu produire antérieurement; elle en règle seulement l'exercice pour l'avenir, en en modifiant les conditions et le mode d'exécution. Il est de principe incontestable, et dès longtemps reconnu, que le législateur a le droit d'introduire des changements aux formes et aux conditions sous lesquelles l'exercice d'un droit aura lieu, tant que cet exercice n'a pas été consommé : *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatis adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*

Le principe de non-rétroactivité pourrait à un autre titre être invoqué par la femme dans le cas où le tiers, acquéreur des biens du mari, frappés de l'hypothèque légale, aurait acheté et

transcrit son contrat avant la loi du 23 mars 1855. Ne pourrait-elle pas soutenir en effet que le bénéfice attaché à la transcription ordonnée par la loi nouvelle, ne peut sortir d'une transcription faite sous l'empire de la loi ancienne, et impuissante à produire d'autres effets que ceux qui y étaient attachés par cette loi. Cette argumentation ne saurait non plus être admise. La transcription, dans son état et dans sa forme, est sous la loi nouvelle, comme sous l'ancienne législation, un moyen identique de publicité pour tous, de sécurité pour les uns et d'avertissement pour les autres. Le législateur n'a pu vouloir restreindre le bénéfice des dispositions de la loi nouvelle aux seules transcriptions qui seraient faites postérieurement à sa promulgation, et le refuser aux transcriptions faites sous l'ancienne législation. La veuve n'est vraiment pas fondée à se plaindre ; car, si les effets de la transcription qui reste, qu'on ne l'oublie pas, dispensée de renouvellement, sont rendus plus immédiats par la loi nouvelle, d'un autre côté, cette loi n'a disposé que pour l'avenir et a prescrit en même temps aux intéressés des mesures conservatrices, qui, spécialement pour les femmes ayant hypothèque légale, leur ont donné le moyen facile de sauvegarder leurs droits. D'où nous concluons que l'acquéreur d'uu immeuble du mari, en vertu d'un acte antérieur à la loi du 23 mars 1855, peut se prévaloir de la transcription qu'il a prise avant cette loi, pour s'opposer à ce que la femme inscrive, après le délai fixé par l'article 8, son hypothèque légale sur l'immeuble dont il est détenteur.

Tout ce qui vient d'être dit de la veuve doit s'appliquer aux cessionnaires de son hypothèque, dont le titre est postérieur à la dissolution du mariage et antérieur à la promulgation de la loi nouvelle. Les raisonnements que nous avons rapportés en faveur de la veuve pourraient être présentés par des cessionnaires ; ils ne seraient pas plus vrais dans leur bouche que dans la sienne. Peut-être auraient-ils cependant un argument de plus à invoquer ; ils le tireraient de l'article 9, lequel place il est vrai le cessionnaire postérieur à la promulgation de la loi dans la nécessité de rendre publique sa cession, sans soumettre à cette

obligation le cessionnaire ou subrogé antérieur. Mais il suit de là que le créancier subrogé sous l'empire de la législation nouvelle, a, au point de vue de la publicité, deux formalités à remplir au lieu d'une, il ne s'ensuit nullement que le cessionnaire antérieur à la promulgation de la loi soit dispensé de rendre publique l'hypothèque légale de la femme.

358. L'article 8 décide que l'hypothèque légale non inscrite suivant les dispositions de la loi, ne pourra plus, comme telle, être opposée aux *tiers*. Nous retrouvons ici ce mot, au sens multiple et obscur, qui nous a déjà suscité tant d'embarras. La question générale est de savoir si les créanciers chirographaires sont aptes à se prévaloir du défaut d'inscription de l'hypothèque légale dans le délai prescrit par l'article 8, ou si au contraire il n'y a que les tiers ayant des droits réels sur les immeubles du tuteur ou du mari, qui aient cette faculté. La conséquence de l'affirmative, répondue à la seconde partie de la question, serait que la veuve, le majeur, l'ex-interdit, quoique devenus capables, n'en conserveraient pas moins leur hypothèque légale dispensée d'inscription, à l'égard du mari, du tuteur, de leurs héritiers et de leurs créanciers chirographaires.

Pour justifier cette solution en ce qui concerne les créanciers chirographaires, on dit que la restriction apportée par la loi nouvelle à la dispense générale d'inscription de l'hypothèque légale de la femme, du mineur et de l'interdit, a eu pour but d'assurer les intérêts des tiers auxquels le mari avait pu conférer des droits réels sur les immeubles grevés de l'hypothèque légale, existant indépendamment de toute constatation matérielle. L'expiration du délai fixé par la loi a pour effet d'établir parité de droits entre l'hypothèque légale et l'hypothèque conventionnelle, et d'attribuer la préférence exclusivement et sans distinction d'origine à la priorité de la date de l'inscription. Et, on en conclut que ce sont les créanciers seuls, ayant par le fait de leur hypothèque des droits réels sur l'immeuble, et pouvant venir en concurrence avec la femme ou ses héritiers, que la loi a eus en vue, mais que vis-à-vis des autres personnes, le mari ou les créanciers chirographaires, que la non transcription de l'hypo-

thèque légale n'a pu jamais induire en erreur, cette hypothèque conserve son caractère primitif et les prérogatives attachées à son origine; qu'elle ne date donc plus vis-à-vis d'eux du jour de l'inscription, mais remonte à l'époque du mariage.

En un mot, cette doctrine donne au mot *tiers*, dans l'article 8, le sens qu'il a dans l'article 3. C'est à tort, selon nous, et c'est confondre les principes nouveaux qui régissent la vente avec les règles, toutes différentes, de l'hypothèque. La transcription et l'inscription ont sans doute un commun but, c'est de manifester aux yeux des tiers le droit réel qui affecte l'immeuble. Mais la vente et les contrats qui s'y rattachent ont une existence et produisent des effets indépendamment de la transcription; on a dû dès lors laisser à ces actes toute leur vertu à l'égard de créanciers chirographaires, qui, ayant suivi à leurs risques et périls, et sans lui demander aucune sûreté, la foi de leur débiteur, ne sauraient se plaindre d'avoir été abusés par l'existence d'engagements antérieurs, contractés par ce dernier, et qu'ils auraient ignorés.

Pour l'hypothèque, il n'est plus discutable aujourd'hui que l'inscription seule lui donne la vie. L'hypothèque sans l'inscription n'est qu'un droit stérile entre les mains du créancier, et ne lui confère aucune priorité sur les simples chirographaires. Cela est certain de toutes les hypothèques non dispensées d'inscription. Or, qu'a fait l'article 8 de la loi de 1855? Il a précisément déclaré soumises à l'inscription l'hypothèque de la veuve, du majeur et de l'ex-interdit, qui, s'ils ne les inscrivent point, descendent au rang des chirographaires, et se trouvent en concours avec eux. Voilà la différence de la transcription et de l'inscription, qui doit empêcher que l'on n'applique aveuglément à la première les principes de la seconde.

Nous pensons donc que les créanciers chirographaires ont qualité pour opposer le défaut d'inscription de l'hypothèque légale et qu'ils sont des *tiers* dans le sens de l'article 8. Nous pouvons appuyer cette doctrine de l'autorité du texte lui-même. Il existe en effet entre les deux parties de la loi, que nos contradicteurs rapprochent pour les entremêler, un contraste saisissant. L'article 3 parle des *tiers qui ont des droits sur l'im-*

meuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. L'article 8 s'abstient de toute restriction ou définition. Il se borne à dire que l'hypothèque légale de la veuve ou du mineur devenu majeur, non inscrite dans le délai fixé, ne date, *à l'égard des tiers*, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. La différence dans les termes employés révèle assez la différence dans les principes.

359. On a jusqu'ici considéré les droits de la veuve, du mineur devenu majeur et de l'interdit relevé de l'interdiction, surtout au point de vue de la modification qu'ils éprouvent au moment où le délai légal vient à expirer. Il nous reste à dire quelques mots du délai lui-même et de l'état des droits des intéressés avant le terme qui met fin à leur situation privilégiée.

Quant au délai lui-même, sa durée est d'un an; il commence à courir du jour où le mariage est dissous, où la tutelle prend fin. Ces mots, employés par le législateur en plus d'une occurrence, donnent place, sinon à une discussion, au moins à une remarque. On ne doit point faire entrer dans le calcul de temps le jour où finit l'incapacité; le premier jour du délai est donc celui qui suit immédiatement le jour pendant lequel l'incapacité a cessé. Il est hors de doute que le dernier jour de l'année doit être inclus dans le terme concédé : *Dies termini computatur in termino.* Et il en serait ainsi quand même ce dernier jour serait un dimanche ou un jour férié : la loi ne distingue pas. Objecterait-on qu'aucune inscription ne peut être requise les dimanches et jours de fête légale? Cet embarras, qui viendrait faire obstacle à la conservation d'un droit précieux et hâter une déchéance, ne devrait pas être suscité par les titulaires de droits rivaux, car ce n'est pas en leur faveur que le principe a été établi, et d'ailleurs on admet généralement qu'au cas où le terme après lequel une inscription ne peut plus être prise se place pendant l'un de ces jours, la formalité peut être alors remplie en vertu d'une permission du juge.

Tant que le délai n'est pas expiré, l'hypothèque des ex-incapables ou de leurs héritiers conserve toutes les prérogatives dont elle était investie durant le mariage ou la tutelle. De là plusieurs conséquences ont été tirées.

Si l'hypothèque n'a pas été rendue publique et que les biens qu'elle grève soient l'objet d'une saisie, les articles 662, 696, 717 et 772 du Code de procédure, tels que les a faits la loi du 21 mai 1858, lui sont applicables (1).

Si ces biens sont compris dans une expropriation pour cause d'utilité publique, quoique non inscrite, l'hypothèque subsiste sur le prix, mais sous la condition qu'elle sera inscrite s'il y a lieu dans l'année de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle. L'aliénation des biens que pourrait volontairement consentir le débiteur grevé, n'empêcherait pas le créancier pourvu de l'hypothèque légale de l'inscrire utilement, même après la transcription de l'acte d'aliénation, à la condition de le faire dans l'année. En principe, cette hypothèque demeure, bien qu'occulte, dans toute son efficacité, sans que la faillite du débiteur grevé, ou son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession, puissent y porter atteinte. Enfin, si le tiers acquéreur des biens grevés peut les purger de la charge occulte qui pèse sur eux, il doit employer pour la faire disparaître le mode de purge particulier aux hypothèques légales occultes, et, suivre en cela les prescriptions des articles 2193 à 2195 du Code Napoléon.

SECTION CINQUIÈME.

EFFETS DE LA PUBLICITÉ SUR LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME.

351. S'il est un argument que puissent invoquer avec autorité les adversaires radicaux de l'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari, c'est à coup sûr celui qu'ils tirent de ces pactes longtemps tolérés, enfin consacrés par la loi! organisés pourtant contre elle par une pratique obstinée. Quelle contra-

(1) Ollivier et Mourlon, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, nos 114 et s., 238 et s., 481 et s.

diction, en effet ! L'hypothèque légale, dit-on, est nécessaire à la femme ; c'est la seule garantie dont elle soit armée contre l'influence despotique, les opérations aventureuses, ou les folles dissipations du mari. Il faut de toute nécessité la lui conserver. Et voilà, qu'à côté de cela, on donne à la femme la faculté de renoncer librement à cette protection, dite indispensable. On lui remet entre les mains une arme défensive contre les empiétements de son mari ; puis on laisse le pouvoir à cette prétendue incapable de quitter le bouclier magique qu'on lui remet solennellement, et d'en faire hommage au premier venu, dans l'intérêt d'un étranger, dans l'intérêt de l'ennemi lui-même. C'est le mari qu'on veut dire.

Qu'est-ce à dire ? Que les besoins de la famille et du crédit, journellement contrariés par un obstacle bâti avec pompe, l'ont attaqué par en bas et ont eu bientôt fait de le renverser. Les échappatoires par eux inventés ont reçu des noms qui ont trouvé place dans le vocabulaire juridique. Si on les compte bien, on peut en trouver jusqu'à sept. Les énumérer est aisé ; bien définir chacun d'eux est beaucoup moins facile, et cela se conçoit, la vraie science n'étant pour rien dans ces modestes et puissantes inventions de la pratique.

En première ligne se présente la *subrogration*, proprement dite, à l'hypothèque légale de la femme. C'est l'acte par lequel celle-ci met en son lieu et place, conformément à l'article 1250, n° 1, du Code Napoléon, les tiers qui, de leur propre argent, paient entre ses mains et en l'acquit de son mari, les sommes dont il est son débiteur.

La subrogation est valable indépendamment de la notification qui pourrait en être faite au débiteur cédé et de l'acceptation authentique de celui-ci ; elle ne donne pas lieu, en cas d'inexistence de la créance, à l'action en garantie, mais à la simple répétition de l'indu dû subrogé contre la subrogeante ; et en aucun cas il ne peut réclamer du mari plus qu'il n'a payé à la femme.

Le second mode d'abandon de l'hypothèque légale est la *renonciation* expresse ou tacite, extinctive, abdicative ou transmissive, et faite *in favorem*.

Vient ensuite la *cession d'antériorité* par laquelle la femme, traitant avec un créancier de son mari, lui cède, à titre de garantie, le montant éventuel de la collocation, que lui assure la priorité ou le rang attaché à l'hypothèque légale dont elle est investie.

La *promesse d'abstention* est l'engagement pris par la femme, envers un créancier de son mari, de tenir son hypothèque inactive, en tant qu'elle pourrait lui nuire, sans que pour cela elle la lui transmette ou même qu'elle la lui donne en gage.

La *cession à titre de nantissement des droits personnels et hypothécaires de la femme* est l'abandon par elle, à titre de garantie, soit à quelqu'un des créanciers hypothécaires ou chirographaires de son mari, soit à l'un de ses propres créanciers, soit même au créancier d'un tiers, de sa créance dotale, ou de telle autre créance déterminée, ou enfin, et d'une manière générale des créances, droits et reprises qu'elle a, ou pourra avoir, contre son mari.

Le sixième mode, par où la femme peut se démettre de la protection à elle donnée, est la *cession de son hypothèque*, par laquelle la femme, tout en conservant sa créance, aliénerait la garantie réelle qui l'accompagne.

Le septième enfin, est le *transport-cession* qui, vis-à-vis des tiers, ne prend date et ne produit son effet qu'à compter du moment où il a été notifié au débiteur cédé, ou accepté par lui en forme authentique.

Telle est la liste complète des actes divers dont le résultat est de débarrasser ou de priver la femme de la protection qui lui est donnée. Nous avons essayé de bien faire saisir chacune des nuances, chacune des différences que les auteurs ont cru reconnaître ; mais nous ne pouvons entrer dans la discussion de leurs nombreuses dissidences ; les uns constatent l'identité de deux actes, que les autres tiennent pour dissemblables: c'est ainsi, pour nous borner à quelques exemples, que la cession des droits personnels et hypothécaires de la femme est considérée par Benech et par M. Mourlon comme constituant un contrat de gage et de nantissement, tandis qu'elle est considérée par

M. Bertauld comme une sorte de transport conditionnel régi par l'article 1690, et non par les articles 2075 et 2076 du Code Napoléon, et par M. Pont, comme une délégation ordinaire. C'est ainsi encore que M. Mourlon juge très-voisines la cession de l'hypothèque et la cession de la créance elle-même séparées seulement, suivant lui, par des différences purement doctrinales ; qu'il ne voit qu'une seule et même chose sous les mots de cession d'antériorité et de cession d'hypothèque.

352. Comme les principes à appliquer étaient loin d'être communs à ces actes, et qu'il était souvent fort difficile de démêler la vraie nature et le vrai caractère de chacun, l'utilité de ramener à un type unique tous ces actes aux contours mal arrêtés, fut bientôt reconnue. Lors de l'enquête de 1841, le désir en fut exprimé par trois Facultés de Droit. La Faculté de Rennes, sans préciser autrement ses idées, proposa de donner à tout traité relatif à l'hypothèque légale de la femme un effet toujours identique et absolument indépendant de sa dénomination. Les Facultés de Caen et de Strasbourg furent plus nettes dans leurs conclusions. Elles demandèrent que toutes les subrogations, sous quelque dénomination qu'elles fussent faites, ne pussent jamais valoir qu'à titre de simples renonciations au droit de priorité en faveur des subrogés. — Ces tentatives de réforme n'ayant pas abouti, l'état de choses organisé et toléré tout à la fois par le Code Napoléon, continua d'exister. Nous avons à le faire connaître, en le considérant d'abord au point de vue de la capacité des parties, ensuite au point de vue des formes de l'acte.

353. En ce qui concerne aussi la capacité de la femme, la loi s'effaçait et n'apportait directement aucune restriction. La femme ne pouvait être enchaînée que par la loi spéciale qu'elle s'était choisie par son contrat de mariage. Ainsi donc, liberté entière de subroger, aux femmes mariées sous le régime de la communauté, aux femmes mariées sous le régime exclusif de communauté sans stipulation de régime dotal; aux femmes mariées sous le régime de séparation de biens, aux femmes mariées sous le régime dotal, à la condition que la subrogation ne porte que sur des reprises paraphernales. Défense, au contraire, de subroger,

au moins dans l'hypothèque qui garantit leurs reprises dotales immobilières, aux femmes mariées sous le régime dotal.

Tels étaient les principes certains et non contestés. D'autres points étaient discutés. On se demandait, par exemple, si la faculté de subroger appartenait :

1° Aux femmes mariées sous le régime dotal, en ce qui concerne l'hypothèque légale de leurs reprises mobilières;

2° Aux femmes dotales qui, s'étant constitué en dot leurs biens présents et à venir, s'étaient réservé la faculté de les aliéner sans remploi;

3° Aux femmes mariées sous le régime de la communauté avec stipulation qu'en cas de renonciation, elles exerceraient la reprise de leurs apports en exemption de toutes dettes sociales, même de celles auxquelles elles auraient concouru avec leurs maris;

4° Aux femmes mariées sous le régime de la communauté avec faculté de vendre leurs immeubles, mais sous la condition d'un remploi dont les tiers seraient garants.

Nous n'avons qu'à signaler ces questions, nous n'avons pas à les résoudre, bien qu'elles soient encore vivantes aujourd'hui. Elles appartiennent exclusivement au Code Napoléon et ne se rattachent en aucune manière, comme nous le verrons, à la loi du 23 mars 1855 (1).

Une difficulté des plus graves, relative non plus au sujet mais à l'objet de l'acte, au droit cédé et non aux parties contractantes, se présente ici; elle sera mieux à sa place quand nous connaîtrons sur ce point les dispositions de la loi nouvelle.

Passons aux formes de la subrogation à l'hypothèque légale sous le Code Napoléon.

354. Les parrains de la subrogation à l'hypothèque légale eurent d'abord le soin de la distinguer : 1° d'avec la cession, et de la mettre ainsi à l'abri des prescriptions de l'article 1690;

(1) Voir, sur cette matière, M. BERTAULD, *Traité de la subrogation à l'hypothèque légale*, 2e édition, chapitre 2, nos 53 et suiv., et les auteurs auxquels il renvoie.

2° d'avec le nantissement, et par conséquent de la placer en dehors des articles 2074 et 2075 ; 3° d'avec la restriction à l'hypothèque légale, et de lui épargner l'application des articles 2144 et 2145.

D'après eux, la subrogation dont ils surveillaient le développement fut une affectation d'une nature spéciale affranchie, à ce titre, de toute entrave, et, par suite, de toute formalité. De telle sorte qu'en vertu de ce principe, la femme put céder ses droits sans remplir la formalité de la cession ; elle put les engager aux ayant-cause de son mari sans remplir les formalités du nantissement ; elle put enfin, dans leur intérêt, y renoncer sans remplir les formalités et satisfaire aux conditions prescrites pour la validité des restrictions hypothécaires accordées par elle au crédit de son mari.

Donc, en principe, liberté absolue d'employer pour l'acte la forme privée. Liberté, sans doute, pour les parties, d'inscrire la subrogation, mais liberté de la tenir secrète.

Des restrictions cependant avaient été proposées pour arrêter une telle anarchie. Chacun était forcé de reconnaître que la subrogation expresse pouvait se faire par acte sous seing privé ; mais on prétendit une fois que la nature même des choses s'opposait à ce qu'un tel acte servît aujourd'hui à une subrogation tacite ; en effet, disait-on, la subrogation tacite ne pouvant résulter que du concours de la femme à l'acte par lequel le mari constitue une hypothèque, et l'hypothèque ne pouvant être conférée que par acte authentique, il est évident que l'acte sous seing privé n'est conciliable qu'avec la subrogation expresse.

Cela n'était qu'une illusion, qui fut bientôt dissipée. On oubliait que la subrogation tacite peut résulter du concours de la femme à la vente d'un immeuble propre ou d'un conquêt. Or, une vente peut fort bien être faite par acte sous seing (1).

Nous renvoyons l'examen des autres difficultés du même ordre, comme ayant quelque liaison avec l'état de choses nouveau, dans l'étude duquel nous entrons.

(1) M. Bertauld, *Traité de la Subrogation de l'hypothèque légale*, 2e édit., n° 80.

355. La loi de 1855 pouvait largement innover. Elle le pouvait, quant à la capacité des parties, elle le pouvait encore quant à la forme des actes.

A la capacité des parties contractantes rien n'a été changé; et la loi, suivant l'expression de M. Bertauld, non-seulement n'a introduit aucune innovation ; mais même, pour s'abriter contre le soupçon d'en avoir eu la pensée (1), elle a modifié le projet du gouvernement, et a adopté une rédaction plus discrète encore, et plus respectueuse pour les principes ayant cours.

Les femmes, disait le projet, ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer que par acte authentique, etc.

La loi a dit : *dans le cas où les femmes* peuvent céder leur hypothèque légale, etc. — Les travaux préparatoires nous fournissent la preuve surabondante que le législateur a eu ferme vouloir de ne pas toucher aux conditions de capacité.

356. Il en est tout autrement des principes qui, autrefois, régissaient la forme de la subrogation à l'hypothèque légale. Ils ont complétement disparu ; et ont fait place à des principes nouveaux. C'est ici le lieu de rappeler le texte de la loi nouvelle.

Art. 9. — Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme.

On voit que les innovations de forme adoptées par la loi du 23 mars 1855 sont de deux espèces :

I. Les unes portent sur la forme intrinsèque de la convention et font naître la question de savoir quels actes d'aliénation ou d'abandon des droits de la femme tombent sous l'application de l'article 9.

(1) *Traité de la Subrogation à l'hypothèque légale*, 2e édit., n° 52.

II. Les autres portent sur la forme extrinsèque de la convention, sur la forme de l'acte qui lui sert de titre. Elle nous conduira à dire ce que sont l'authenticité et l'inscription, et quels effets sont produits par leur accomplissement ou leur inaccomplissement.

I. — 357. En premier lieu, nous avons à nous demander quels sont, parmi les sept actes énumérés plus haut, ceux qui sont régis par l'article 9.

Selon nous, l'article 9 est applicable à tous les actes de subrogation, cession ou renonciation *qui peuvent juridiquement exister*. Qui peuvent juridiquement exister, disons-nous, car c'est autour de ces mots que se concentrent les contestations les plus graves.

L'article 9, dit-on, s'applique : 1° à la cession de la créance; 2° à la cession de l'hypothèque légale, seule et séparée de la créance; 3° à la cession du rang de priorité, seul et séparé de l'hypothèque.

Qu'il s'applique à la cession de la créance, cela n'a été contesté par personne ou presque personne. Un auteur cependant, s'armant judaïquement du texte de la loi, a cru pouvoir soutenir que l'article 9 ne s'appliquait qu'à la cession de l'accessoire seul de l'hypothèque, point à la cession de la créance à l'hypothèque, cession qu'il considère comme impossible ! Cette doctrine repoussée de tous n'est pourtant que la conséquence logique d'une opinion à l'examen de laquelle nous touchons, et qui compte de nombreux et considérables partisans.

La cession de l'hypothèque séparée de la créance, est-elle possible? L'a-t-elle jamais été? L'est-elle encore aujourd'hui?

Les opinions se partagent en trois groupes :

Des jurisconsultes soutiennent que, sous le Code Napoléon, l'hypothèque légale pouvait déjà, et que sous la loi nouvelle elle peut certainement être cédée indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire.

D'autres soutenaient sous le Code Napoléon que l'hypothèque était inséparable de la créance; mais ils confessent aujourd'hui que la loi de 1855 a permis la cession de l'hypothèque sans la cession de la créance.

Un troisième parti, aussi absolu que le premier, mais plus ferme que le second, a prétendu et prétend qu'avant, comme depuis la loi de 1855, l'hypothèque ne peut être cédée indépendamment de la créance qu'elle garantit. Cette opinion s'est d'abord présentée timidement. Aussitôt après la loi de 1855, elle eut à essuyer des reproches empreints d'une virulence toute lyrique, et peut-être exagérée. Elle s'est, depuis lors, assez bien raffermie et a vu se rallier successivement à elle des autorités capables de lui rendre quelque assurance.

Classons les arguments invoqués comme nous avons classé les doctrines. Il en est de trois sortes. Les uns sont tirés du texte des Codes, nous n'avons plus à nous en occuper; la part qu'ils font aux défenseurs de l'indivisibilité de l'hypothèque et de la créance, parmi lesquels nous nous rangeons, est belle cependant; mais les partisans de la divisibilité paraissent nous les concéder, puisqu'ils ne les reproduisent point dans la discussion nouvelle. La seconde classe de motifs allégués a pour base le texte et les discussions préparatoires de la loi de 1855. Les arguments de la troisième classe méritent le plus sérieux examen; indépendants de la loi, plus ou moins imparfaite, ils relèvent directement de la raison et de la science qui doivent l'éclairer.

Les motifs tirés des textes nouveaux doivent être bien puissants; ce sont eux qui ont fourni à nos contradicteurs les cris de triomphe les plus écrasants; et, ce qui prouve plus en leur faveur, ils ont suffi à détruire la conviction ancienne, profonde et publique d'un jurisconsulte éminent (1).

Il est évident, dit-on, que la loi de 1855 permet de céder l'hypothèque tout en conservant la créance garantie. Voyez plutôt : le texte de l'article 7 n'est-il pas formel : « Dans le cas où les femmes peuvent *céder leur hypothèque légale ou y renoncer*, etc. » Céder leur hypothèque légale ! Voilà dès l'abord la question résolue.

On ne s'en tient pas là ; on rapproche de la rédaction définitive de 1855, quatre rédactions antérieures successivement

(1) M. Mourlon. *Traité de la Transcription*, nos 926 à 932.

présentées de 1849 à 1854. Le premier projet du gouvernement en 1849 était favorable à la cession de l'hypothèque seule : « Le créancier *à qui l'hypothèque a été consentie*, ses héritiers ou ayant-cause pourront *céder cette hypothèque* ou son rang d'antériorité, mais seulement par acte authentique. » Les projets de l'Assemblée législative et du Conseil d'État rejetèrent formellement par l'organe des deux rapporteurs, Bethmont et M. de Vatimesnil, la possibilité d'une telle cession et proposèrent en conséquence la rédaction suivante : « les femmes ne peuvent céder *leurs droits à l'hypothèque légale* ou y renoncer en faveur des tiers, etc. » Il fut bien expliqué alors que la cession de l'hypothèque seule était rejetée comme *contraire aux principes et sujette à de graves inconvénients*.

Arrêtons-nous ici et résumons l'argument : la loi de 1855 permet la cession de l'hypothèque seule, parce que ses termes sont semblables à ceux du projet de 1849 qui la permettait, tandis qu'ils s'écartent du texte du projet Bethmont qui la repoussait.

On le voit, l'argument consiste à mettre en opposition la pensée du projet de 1849 avec la pensée du projet de 1850, c'est-à-dire que le législateur appelé à faire son choix en 1855, a opté pour le premier.

Or, nous soutenons qu'il est évident, d'une évidence incontestable, que le Gouvernement, auteur du projet de 1849, n'a eu sur la question qui nous occupe, ni le désir d'apporter une solution, ni la conscience même que les termes employés par lui impliquaient le choix d'une des deux doctrines en présence, sous le Code Napoléon. Cette assertion est rendue d'abord presque certaine par l'appréciation du projet de 1849, faite par Bethmont dans son rapport. Pour lui comme pour nous, la pensée de créer l'indépendance de l'hypothèque n'appartient point au Gouvernement, elle peut seulement s'induire de la lettre d'une rédaction équivoque : « Le projet, dit-il, *paraît admettre* qu'un créancier hypothécaire pourra céder son hypothèque sans sa créance. » Mais la preuve que le Gouvernement, en 1849, n'eut aucun parti pris, c'est qu'il présenta dans l'année même et avant

que son premier projet n'eût été soumis aux critiques de l'Assemblée et du Conseil d'État, un second projet, où l'idée contraire, celle de l'indivisibilité de l'hypothèque d'avec la créance, paraît aussi clairement ressortir des termes employés. Voici ce second projet de 1849, qui semble inconnu de nos contradicteurs, mais qui vient de leur être remis en mémoire : « Les femmes ne peuvent céder *leurs droits à l'hypothèque légale* ou y renoncer en faveur des tiers, que par acte authentique... »

Ajoutons que le texte du premier projet, celui qu'on nous oppose dans cette matière spéciale de l'hypothèque légale de la femme, à supposer qu'il renfermât cette pensée qu'on veut y voir et qui n'y est point, est un texte sur la cession de l'hypothèque en général, et que de ce côté encore l'opposition qu'on veut établir est vicieuse et inconcluante.

Ainsi donc, avant 1850, rien n'a été dit, législativement bien entendu, sur ce point. En 1850, la thèse est soulevée devant l'Assemblée, et tous se prononcent pour l'indivisibilité nécessaire et fatale de l'hypothèque et de la créance. Les projets parlent en conséquence de la cession par la femme *de ses droits* à l'hypothèque légale. On sait comment, à cette époque, les événements vinrent interrompre la réforme hypothécaire.

Reprise dès 1852, la question cette fois se trouvait, qu'on ne l'oublie pas, bien connue et bien posée, grâce à Bethmont et à de Vatimesnil. Un projet est présenté en 1853 ; il est favorable aux idées de 1850 ; il reproduit les termes employés alors : « Les femmes ne peuvent céder *leurs droits à l'hypothèque* et y renoncer que par acte authentique. » Les discussions se succèdent les unes aux autres ; personne ne se rencontre qui lève de nouveau le problème ardu qui, la veille, divisait encore législateurs et jurisconsultes. A la divisibilité ou à l'indivisibilité de l'hypothèque et de la créance, pas une phrase n'est consacrée, pas une allusion, pas une parole. Ces deux points juridiques, déjà tant débattus, sont certainement oubliés. Mais voilà que l'art. 9 apparaît, parlant non plus *de la cession des droits à l'hypothèque légale*, *mais de la cession* de cette hypothèque. Que conclure de la réapparition de ces termes ? Qu'ils recouvrent l'intention du législa-

teur de tracer enfin une ligne de séparation entre le principal et l'accessoire? Comme si une controverse d'une telle importance pratique et doctrinale avait pu être tranchée silencieusement sans être rappelée, même indirectement! Comme si un débat vieux comme le régime sous lequel il était né avait pu être tranché par le retrait d'un mot!

Mais alors que faut-il voir sous cette modification de la dernière heure, qui ressemble plutôt à une correction de prote qu'à un remaniement législatif? Comment l'expliquer, car, après tout, elle existe? Comment l'expliquer! Eh! comme on doit expliquer le même changement survenu à quelques mois de distance, en 1849, entre deux projets émanant des mêmes auteurs. En 1855, comme en 1849, il y a eu absence d'intention, parce qu'il y a eu absence de discussion, et l'évidence qui existe dans un cas existe dans un autre.

On trouve toutefois dans le rapport présenté au Corps législatif par M. de Belleyme, une phrase que nous aurions tort de laisser de côté, d'autant plus qu'elle a été invoquée par les deux opinions contraires. Appuyant la nouvelle rédaction de l'article 9, le rapporteur dit qu'elle avait été adoptée « afin de bien établir que la loi actuelle n'a pas pour but de modifier en quoi que ce soit la législation relative aux droits de la femme mariée, en matière de cession ou de renonciation à une hypothèque légale. »

D'après nos contradicteurs, ces paroles feraient allusion aux réformes tentées en 1850, par les deux commissions de l'Assemblée et du Conseil d'État.

En faveur de l'indivisibilité de l'hypothèque et de la créance, on invoque les termes absolus de cette déclaration pour établir que la loi n'a point entendu résoudre un problème aussi important, et que si elle a fait acte de volonté, son vœu a été de le laisser comme autrefois aux discussions de la doctrine, rien de plus. Sans exagérer la portée de cet argument, tout de vraisemblance, et dépourvu de rigueur scientifique, nous le reconnaissons, il importe de le briser entre les mains de nos contradicteurs. Suivant eux, le rapporteur faisait allusion aux réformes de 1850.

C'est là une étonnante erreur. L'allusion avait un objet bien plus voisin, mais tout-à-fait étranger à la question de forme. Le dernier projet, on se le rappelle, était ainsi conçu: *les femmes ne peuvent céder* leurs droits, etc. On craignit que cette formule ne donnât à penser que la capacité des femmes relativement à la cession de leurs droits avait été changée ; et comme le législateur tenait essentiellement à n'y point toucher, il remplaça ces premiers mots de l'article par ceux-ci: *dans le cas où les femmes peuvent céder*, etc.... « Afin de bien établir que la loi..... n'avait pas pour but de modifier en quoi que ce soit la législation relative aux droits de la femme mariée, en matière de cession ou de renonciation à une hypothèque légale. » Comme on le voit, le rapporteur visait, non pas une question de forme ; mais il songeait à la capacité de subroger, c'est-à-dire à une capacité dépendant des régimes matrimoniaux sur l'influence desquels la loi nouvelle tenait à ne pas s'expliquer.

358. Mais le texte ; qu'y répondre ? Il est formel, si les travaux préparatoires sont insuffisants ou obscurs : « Dans le cas où les femmes peuvent *céder leur hypothèque légale ou y renoncer, etc...* »

A cela, trois réponses.

La première, c'est qu'il serait bien dangereux de trancher une difficulté grave, et de la trancher dans le sens qui contrarie le plus les principes fondamentaux du Droit, comme nous le démontrerons bientôt, en s'appuyant seulement sur le texte d'une loi dont la rédaction est entachée de si nombreuses et si lourdes imperfections.

La seconde réponse n'est plus à trouver, et elle a été exprimée mieux que nous ne saurions le faire : « Considéré en lui-même, l'article 9 ne dit rien, parce que s'il parle de la *cession de l'hypothèque légale*, s'il s'occupe de l'accessoire sans rappel du principal, de la garantie sans rappel de la créance, il se borne à accepter une terminologie accréditée pour exprimer le fait juridique dont il ne se propose de régir que la forme; en prenant les mots dans le sens que l'usage leur assigne, il n'altère ni ne modifie la nature, l'essence de la stipulation qu'il assu-

jettit à l'authenticité et à l'inscription ; l'emploi traditionnel de ces mots a d'ailleurs sa raison d'être, son excuse, sinon sa justification ; n'est-ce pas surtout à cause de sa sûreté hypothécaire que la créance de la femme constitue un élément enviable d'une dation en paiement ? »

Qu'il nous soit permis de faire un pas de plus vers la justification de la loi. En parlant de la *cession de l'hypothèque*, et non de la *cession des droits* de la femme, le législateur s'est renfermé dans le cercle qu'il s'était tracé. Que voulait-il faire? Apporter des modifications fondamentales à la transmission de la chose principale de la créance ? Nullement; et il a écarté toute expression large qui aurait pu envelopper un sujet auquel il voulait rester étranger.

Il voulait seulement donner plus de sûreté et de publicité à l'hypothèque. Il a dit la *cession de l'hypothèque* pour parler *secundum subjectam materiam*. Il a abandonné un moment la langue rigoureuse du Droit pour être méthodique; et la méthode est toujours bonne à observer, surtout en législation. Son seul tort a été d'employer une expression incorrecte, mais usuelle après tout. Il ne faut pas profiter de ce que le législateur s'est efforcé de bannir le danger des expressions vagues pour l'accuser d'avoir été l'instigateur d'une nouveauté anti-rationnelle et anti-juridique.

359. Sur le terrain des principes et de la raison, les partisans de la divisibilité de l'hypothèque et de la créance sont plus difficiles à saisir. Les affirmations se multiplient sous leurs plumes, mais les arguments sont rares. Voyons donc si, comme ils le disent, les inconvénients signalés par nous sont chimériques, si les craintes sont exagérées, si les principes invoqués sont des principes inconnus.

Qu'il existe des inconvénients, c'est vraiment ce qu'on ne saurait nier, sans nier la réalité même. Une femme a une hypothèque pour une reprise de 20,000 fr. sur dix immeubles valant chacun 20,000 fr. Elle cède, on le suppose, son hypothèque légale sur l'un des immeubles et conserve sa créance? Pourra-t-elle créer neuf autres droits semblables sur les neuf autres im-

meubles? Non, évidemment, dit-on, parce que, après la première subrogation, la créance de la femme a bien subsisté, mais elle a cessé d'être hypothécaire, et la cession de l'hypothèque sur un des immeubles, dont la valeur est égale à celle de la créance, a épuisé le droit de subroger. Mais alors, de deux choses l'une. Ou bien la femme qui a cédé son hypothèque et conservé, comme on le veut, sa créance, pourra en obtenir le paiement soit aux dépens des valeurs mobilières de son mari, soit en la compensant contre une récompense dont elle devient débitrice ; ou bien elle ne le pourra pas. Si elle ne le peut pas, c'est qu'évidemment la créance même est perdue pour elle. Si elle le peut, et c'est la solution logique du système combattu, une autre question se présente sous forme d'une alternative, dont l'un des côtés est une hérésie et dont l'autre côté est un guet-apens. Si la créance de la femme vient à s'éteindre, l'hypothèque légale qu'elle a cédée mourra-t-elle du même coup entre les mains du subrogé? Telle est la question. De l'affirmative, il résulte que le subrogé a stipulé une garantie qui peut disparaître à son insu et en dépit de toutes les mesures légales de conservation qu'il aura pu prendre. Soutenir la négative, c'est dire que l'hypothèque peut avoir une existence propre, indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire et le moyen d'exécution.

Personne n'est allé jusque-là ; mais on a dit : l'hypothèque ne peut vivre qu'autant qu'elle est accolée à une créance principale, dont elle suivra toutes les péripéties ; mais quel principe empêche qu'on ne la transporte d'une créance à une autre. Pourquoi ne serait-elle pas négociable comme tout autre objet mobilier ou immobilier ? L'hypothèque est un bien pécuniaire qui ne peut être mis hors du commerce, et nul n'a intérêt ni qualité pour se plaindre de ce que la cession ne comprend qu'un accessoire, un émolument de la créance, au lieu d'embrasser la créance tout entière.

Pour arriver à la réfutation rigoureuse de ces généralités non justifiées, faisons connaître le seul argument qu'on produit en leur faveur. C'est un argument d'analogie tiré du paiement avec subrogation ; cela, disent-ils, est la preuve que les accessoires de

la créance en sont séparables, puisqu'ils lui survivent. Mais, c'est là une exception aux principes, et les exceptions ne sauraient être arbitrairement étendues. Quelques-uns de nos contradicteurs nous fournissent eux-mêmes un appui; d'après eux, cet effet de la subrogation, qui n'est autre chose que l'œuvre de la volonté toute puissante de la loi, n'appartiendrait qu'à la subrogation légale: quant à la subrogation conventionnelle par le fait du débiteur, ils soutiennent que ce ne sont pas les accessoires de l'ancienne créance, mais des droits précisément semblables, des droits également puissants qui sont transmis à la créance nouvelle, à la condition toutefois que la position des tiers n'en subisse aucun changement (1).

Mais invoquons, nous aussi, des analogies, ou plutôt des applications du principe qui domine cette matière. Un créancier peut, à coup sûr, céder sa créance avec toutes ses garanties, tous ses accessoires; peut-il les détacher de sa créance, qu'il conserve, pour les rattacher à la créance d'un tiers acquéreur qui s'en prévaudra désormais? Prouvons la négative par deux exemples : le cautionnement et la contrainte par corps.

D'après l'article 1281, le bénéfice du cautionnement ne peut être transporté, même par voie de novation, sans le concours de la caution! Et nos contradicteurs veulent que l'hypothèque puisse être transférée par le créancier sans le concours du débiteur hypothécaire. Oui, dira-t-on, parce que la caution a intérêt à ce que son engagement, qui avait garanti une dette recouvrable, ne soit pas, à son insu, transporté à une autre dette, même de chiffre égal, dont le paiement par le débiteur principal est problématique et le recours sur lui illusoire. Pour l'hypothèque n'en est-il pas de même, et le débiteur hypothécaire n'a-t-il pas intérêt à ce que son immeuble soit affecté à telle dette plutôt qu'à telle autre, égale encore par le chiffre, mais dont la libération, par exemple, est plus difficile qu'elle ne l'était vis-à-vis de l'ancien créancier? Ce point n'avait point échappé au rapporteur de l'Assemblée législative en 1850.

(1) Championnière et Rigaud, *Droits d'enregistrement*, t. II, n° 1279.

Et ce que nous disons du cautionnement ne peut-il aussi se dire de la contrainte par corps? Quelle différence! s'écrie-t-on, entre la contrainte par corps et l'hypothèque. La première est une garantie exceptionnelle, rigoureuse pour le débiteur ; qui ne saurait être adaptée à toute créance; elle est d'ordre public. Et l'hypothèque légale qu'est-elle donc, sinon une garantie exceptionnelle, puisque, elle aussi, ne s'applique qu'à certaines créances spéciales? Qu'est-elle encore, sinon une garantie rigoureuse pour le débiteur dont elle frappe les biens d'une demi-indisponibilité? Et enfin n'est-elle pas aussi une institution d'ordre public, puisque c'est à ce titre qu'elle a pris place dans la loi? La parité est entière, et, de même que le cautionnement ou la contrainte par corps, l'hypothèque ne peut constituer l'objet indépendant d'une transmission (1). Elle périrait dans le passage d'une créance à l'autre.

360. Une autre question, que nous réservons pour la discussion orale, est celle de savoir si la femme peut céder, non plus son hypothèque, mais son rang de priorité, tout en conservant sa créance. Suivant nous, la solution de cette question est absolument dépendante de la solution précédente; le rang hypothécaire, c'est l'effet immédiat et la qualité même de l'hypothèque. Si celle-ci ne peut être transférée seule, celui-là tombera nécessairement sous le coup de la même règle. Nous n'irons pas jusqu'à soutenir avec quelques-uns que la cession isolée de l'hypothèque et la cession du rang de priorité sont une seule et même chose. En droit métaphysique, on comprend très-bien la séparation de l'une et de l'autre; la première est la cause, la seconde est l'effet. Mais, dans l'application, la séparation nous paraît impossible ; et si le créancier acquéreur de la garantie a un rang hypothécaire, c'est qu'il a l'hypothèque qui donne ce rang, et ladite hypothèque ne peut pas être restée, à l'état passif, entre les mains de la femme créancière subrogeante. L'hypothèque étant transmise, nous partons maintenant de la solution

(1) V. M. Bertauld, *Traité de la subrogation à l'hypothèque légale*, nos 10 à 20, et les auteurs auxquels il renvoie.

précédente, la créance elle-même l'est aussi, et si elle ne l'est pas, ni l'hypothèque, ni le rang hypothécaire ne l'ont été davantage. Nous comprenons ceux qui soutiennent que l'hypothèque seule est cessible et que le rang hypothécaire l'est aussi. Nous avons essayé de les réfuter sur le premier point. Mais ne pas admettre la cessibilité de l'hypothèque et admettre la cessibilité du rang hypothécaire, c'est ou tomber dans une contradiction, ou prendre, pour base d'un système pratique, une analyse impossible à appliquer en pratique.

Nous pensons que l'article 9 n'est applicable ni à la cession d'hypothèque, ni à la cession de priorité, parce que ces prétendus modes de subrogation à l'hypothèque légale n'existent point.

361. La convention dite subrogation à l'hypothèque légale peut se présenter sous une forme autre que la cession. Elle peut être faite par une renonciation. C'est la seconde hypothèse générale prévue par notre article 9. Mais cette renonciation elle-même est susceptible de plusieurs combinaisons qui en modifient la nature, et, suivant la doctrine, appellent ou écartent l'application de l'article 9.

Supposons d'abord que la renonciation soit faite au profit d'un acquéreur du mari, par le concours de la femme à l'acte de vente. Suivant nous, une telle renonciation aurait un véritable effet translatif, il opérerait, au profit de l'acquéreur, le transport de tous les droits des vendeurs: de même que, dans ce cas, le mari aliène son droit de propriété sur le fonds, de même la femme aliène tous ses droits sur ce même fonds ; et, comme elle ne peut transmettre son droit hypothécaire sans se dépouiller de sa créance, il s'ensuit que cet acte tombe sous l'application de l'article 9.

La renonciation *in favorem* au profit d'un créancier hypothécaire du mari, ne constituant qu'une promesse d'abstention toute relative, est, d'après une doctrine accréditée, autre chose qu'une simple obligation ne liant que la renonçante et ses représentants à titre universel ; elle est opposable aux ayant-cause à titre singulier de la femme, et empêcherait l'efficacité d'une subrogation postérieure.

Si la renonciation est faite au profit d'un créancier chirographaire, on distingue si elle est transmissive ou seulement extinctive.—Dans le premier cas, elle entraîne, pour le bénéficiaire de la renonciation, le droit de passer avant la femme renonçante; c'est le bénéfice de la cession implicite à lui consentie. Si, au contraire, la renonciation est simplement extinctive, elle a bien pour effet de rendre la femme simple créancière chirographaire dans ses rapports avec le créancier, dans l'intérêt duquel elle a renoncé; mais le titre de ce dernier n'est accru en aucune manière. Il n'est point le cessionnaire d'une créance hypothécaire, puisqu'il n'existe point de cession; il reste, lui aussi, simple créancier chirographaire, et, par conséquent, doit concourir avec la femme, mais non pas l'exclure.

Dans toutes les hypothèses où la subrogation à l'hypothèque légale (*lato sensu*) se présente sous forme de renonciation, il est utile et sage, ainsi qu'on l'a fait récemment remarquer, de se préoccuper surtout de l'intention des parties, de la rechercher et de la respecter, même à travers les obscurités d'expression qui la rendent incertaine.

En cette matière, l'intention des parties, Dieu merci, laissées libres de donner à leurs conventions la portée qu'il leur plaît, doit tout dominer, sauf, bien entendu, les impossibilités juridiques telles que la cession séparée de l'hypothèque et de la créance (1).

II. — 362. Reste à voir quelles sont les modifications apportées par la loi nouvelle aux formes extrinsèques de la convention, c'est-à-dire aux formes de l'acte qui la constitue. Elles portent sur deux points : l'acte désormais doit être authentique ; il doit être rendu public.

Occupons-nous d'abord de l'authenticité.

Sous le Code Napoléon, on le sait, les formes de l'acte étaient laissées à la discrétion des parties; il pouvait être valablement fait sous seing-privé. Nous avons déjà parlé des efforts tentés

(1) M. Bertauld. *Traité de la subrogation à l'Hypothèque légale*, n° 50.

par la doctrine pour restreindre autant que possible les effets désastreux de cette fausse liberté. Une des principales questions soulevées par les jurisconsultes qui devançaient ainsi la réforme aujourd'hui accomplie, était celle de savoir si, sous la législation alors en vigueur, la subrogation ne devait pas être signifiée au mari ou acceptée par acte authentique ? L'affirmative renfermait une garantie tant pour le mari que pour les tiers; elle était à coup sûr d'une grande utilité. Etait-elle conforme à la loi et pouvait-on appliquer à une institution non mentionnée par le Code un article fait et rédigé en vue de la vente seule (art. 1690) ? On y arrivait en donnant dans tous les cas à l'acte de subrogation le caractère d'un transport éventuel. La question qui subsiste sous la loi nouvelle peut, en vertu du même motif, recevoir la même solution. Toutefois, nous faisons remarquer que l'intérêt de la signification de l'acte au mari et de son acceptation authentique, a beaucoup perdu de son utilité depuis que l'authenticité est imposée à l'acte constitutif de la subrogation. C'est ainsi qu'avant la loi de 1855, ceux qui subordonnaient la subrogation à la possession de la grosse du titre, constatant l'existence des reprises, l'en déclarent aujourd'hui affranchie (1).

363. La loi nouvelle exige, disons-nous, que l'acte constitutif de la subrogation soit *authentique*. Ce mot doit être entendu dans son acception ordinaire et d'après la définition qu'en donne l'article 1317 du Code Napoléon. L'interprétation de ce texte, nous ne l'ignorons pas, a donné lieu à de nombreuses discussions dans lesquelles nous ne devons pas entrer.

La loi nouvelle ne commande pas que l'acte de subrogation soit dressé comme le devraient être les actes de constitution d'hypothèque, « devant deux notaires ou un notaire et deux témoins. » Elle n'exige même pas que l'authenticité soit conférée aux actes spécialement par un notaire. Les subrogations peuvent donc être valablement faites, non-seulement par-devant notaire, mais encore par-devant tout autre officier public, ou tout juge compé-

(1) Mourlon. V. *Traité des Subrogations personnelles*, p. 587, et *Traité de la Transcription*, n° 909.

tent pour recevoir les conventions que font les parties, qui se rendent, ou sont en instance devant lui.

Les actes de subrogation et de renonciation à l'hypothèque, nuls à l'origine comme faits sous seing-privé, pourraient-ils devenir valables par le dépôt qui en serait fait en l'étude d'un notaire ? Oui, mais à plusieurs conditions : d'abord, que le dépôt fût fait par la femme elle-même, ensuite, qu'elle consentît à renouveler expressément sa subrogation ou renonciation, dans l'acte de dépôt que dresserait le notaire devant lequel sa déclaration serait faite.

On a demandé et discuté même la question de savoir quel est le caractère de l'authenticité exigée, et quelle serait l'étendue des effets produits par le défaut d'authenticité ? Deux auteurs éminents ont soutenu que l'authenticité n'était exigée que *ad probationem*, et que l'inobservation de cette partie de la loi, entraînerait bien la nullité de la subrogation au regard des tiers, mais lui laisserait toute son efficacité entre les parties. C'est, selon nous, mal se rendre compte des motifs qui ont inspiré le législateur : l'authenticité a été imposée dans l'intérêt de la femme, pour la garantir contre les dangers que court son patrimoine, quand les spéculations du mari exigent d'elle un sacrifice. Si la condition n'est pas remplie, l'acte est nul vis-à-vis de la femme, il est *nul inter partes* (1).

364. Nous arrivons à la seconde innovation introduite par la loi de 1855 en ce qui concerne l'acte de subrogation. On peut facilement résumer les dispositions de la loi sur ce point.

Deux cas sont prévus. L'hypothèque légale, abandonnée ou cédée avec la créance, est-elle restée occulte jusqu'au moment de la transmission, le subrogé la fait inscrire à son profit.

Est-elle déjà inscrite au moment où la femme qui en est titulaire en dispose, la subrogation ou renonciation est mentionnée en marge de l'inscription existante.

(1) *Sic.*, M. Bertauld, *Traité de la Subrogation à l'hypothèque légale*, n° 82; Mourlon, *Traité de la Transcription*, n° 1005; *Contra*, Pont, *Priviléges et Hypothèques*, n° 467, et Flandin, *Traité de la Transcription*, n° 1546.

Dans le premier cas, l'inscription a une existence propre et indépendante. Dans le second, la mention est liée au sort de l'inscription en marge de laquelle elle est portée : si l'inscription vient à se périmer, la mention disparaît par cela même. Une mention faite en 1860 en marge d'une inscription prise en 1851 doit être renouvelée, non en 1870, mais bien en 1861. Cela n'est que l'application de la règle exprimée.

Le législateur a été fort succinct en cette matière. La brièveté excessive de son langage a produit la confusion et lui a valu de la part de jurisconsultes pleins d'autorité les plus amers reproches.

Les questions les plus difficiles, les plus importantes en pratique, celles qui avaient le plus de droits à une solution législative, restent à l'état de controverse.

Un créancier a exigé et obtenu de son débiteur une hypothèque, et de la femme de celui-ci une subrogation dans son hypothèque légale, laquelle, au moment du contrat, était déjà inscrite. Ce créancier, pour porter à la connaissance des tiers la subrogation à lui consentie, aurait trois moyens possibles : ou bien faire mentionner la subrogation en marge de l'inscription prise; ou bien faire inscrire son hypothèque conventionnelle et faire mentionner sa subrogation; ou bien enfin laisser de côté le procédé de la mention et faire inscrire à son profit l'hypothèque légale qui lui a été cédée.

Nous croyons que le premier mode est le meilleur, à savoir la mention de la subrogation en marge de l'inscription de l'hypothèque; c'est celui que la loi prescrit; elle n'en autorise aucun autre. Voilà le résumé en deux mots de nos raisons de préférence. Mais que ne peut-on pas dire et que n'a-t-on pas dit pour permettre aux particuliers et aux conservateurs l'emploi des deux autres moyens.

Un créancier ayant une hypothèque conventionnelle s'est fait céder une hypothèque légale non inscrite. La loi dit bien qu'en ce cas il doit faire inscrire à son profit l'hypothèque garantissant la créance à lui cédée. Mais elle ne dit pas si cette inscription doit être prise *principalement*, ou si elle peut l'être accessoirement

à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle du subrogé. Nous sommes convaincu que la fusion et la confusion dans une inscription unique de droits de natures diverses ne pourrait produire qu'une publicité illusoire, contraire au but que s'est proposé le législateur. Il nous enseigne lui-même que diviser les droits que les tiers ont intérêt à connaître, c'est en faciliter le contrôle. Cette solution nous paraît conforme à l'esprit de la loi et à la raison, mais elle a été vigoureusement combattue et il n'existe point de texte formel dont nous puissions nous armer.

D'autres problèmes, nombreux et importants, sont une occasion de débat pour les docteurs, et, ce qui est plus fâcheux, de procès pour les justiciables. Le législateur, sur ce point, a abdiqué ; il a laissé aux magistrats le soin de faire la loi.

Même pauvreté en ce qui concerne les énonciations qui doivent être comprises dans les *mentions*, même nécessité d'avoir recours à des principes vrais, mais vagues, sur l'application et les limites desquels aucun accord n'a pu être conclu.

365. Nous avons à rechercher, en terminant notre travail, quels sont les effets de la publicité ou du défaut de publicité de l'acte contenant subrogation : 1° entre plusieurs subrogés; 2° entre le subrogé et la subrogeante. Nous nous demanderons, en dernier lieu, quelles personnes peuvent, quand l'article 9 n'a point été observé, opposer au subrogé le défaut de publicité.

La règle qui domine cette matière de la subrogation est celle qui régit la transmission de la propriété. La subrogation consentie en la forme authentique et par une femme capable de disposer de son droit, a, quant aux rapports des parties entre elles ou leurs héritiers, toute sa perfection, dès qu'a été dressé l'acte qui la constate. Mais tant qu'elle n'a pas été rendue publique, conformément au mode de publicité qui lui est propre, elle est destituée de toute valeur et de tout effet vis-à-vis des tiers.

Ce grand principe rappelé, occupons-nous des effets de la publicité ou de la clandestinité de la subrogation :

1° Entre plusieurs subrogés. Ce sont les premiers dans l'ordre des inscriptions ou mentions qui passent avant les autres, ceux-

ci eussent-ils un titre antérieur. La date des cessions ne peut rien contre la date de la publicité. Dans le cas où on se trouverait en face de plusieurs subrogés qui auraient publié leurs titres le même jour, il faudrait, quoi qu'en dise un jurisconsulte (1), décider qu'ils doivent concourir entre eux. L'article 2147 du Code Napoléon doit être appliqué. Il est bien entendu d'ailleurs que le concours ne peut exister qu'entre subrogés cessionnaires du même droit; si chacun d'eux était cessionnaire d'un droit distinct, aucun concours ne pourrait s'élever entre eux.

2° Entre le subrogé et la subrogeante, l'inscription ou la mention sur le registre fait immédiatement qu'aucun acte ne peut être consenti au détriment du subrogé, s'il n'y participe ou s'il n'y donne son consentement. A partir de ce jour, tout paiement reçu par la subrogeante, compensation invoquée contre ses droits à lui, remise, radiation, délai accordé sans son adhésion, tout acte enfin qui lui fait grief et qu'il n'a pas autorisé, est, quant à lui, frappé d'une nullité radicale, et considéré comme non existant. La situation de la subrogeante varie suivant que la subrogation a été rendue publique par la voie d'une mention en marge d'une inscription préexistante, ou qu'elle l'a été au moyen d'une inscription prise au nom et dans l'intérêt personnel du subrogé. Dans le premier cas, elle est sur la même ligne que lui, les créanciers hypothécaires saisissants doivent adresser une sommation à l'un et à l'autre; il en serait de même des notifications à fin de purge qu'aurait à faire un tiers acquéreur, et des significations à faire si un ordre judiciaire était ouvert (2). Dans le second cas, au contraire, toutes ces opérations pourront être valablement consommées, sans le concours et hors la présence de la femme.

3° Nous avons enfin à nous demander quelle est l'étendue de la règle générale que le subrogé n'a point vis-à-vis des tiers la saisine du droit à lui cédé, tant que la subrogation n'a pas été rendue publique. Quelles sont les personnes qui peuvent se

(1) M. Mourlon, 1093.

(2) MM. Ollivier et Mourlon, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, n° 118 à 122, 184 et 185, 559 et 560.

prévaloir du défaut de publicité ? On l'aperçoit, cette question n'est autre que celle qui nous a maintes fois arrêtés: quel est le sens du mot *tiers?*

Dans l'article 9, ce mot si élastique doit comprendre tous ceux qui n'ont point été parties au contrat de cession, et auxquels il pourrait faire préjudice s'ils le devaient subir, quoique occulte. Le doute ne peut naître qu'en ce qui concerne deux sortes de personnes: le mari et les créanciers chirographaires de la subrogeante.

En ce qui concerne le mari, nous lui refusons en général la faculté de se prévaloir du défaut de publicité ; bien que nous admettions, avec ceux qui sont d'avis contraire, que le mari est un *tiers.* Ecartons une espèce où notre solution est incontestable et admise par tous : Si le mari autorise une subrogation au profit d'un de ses créanciers personnels, il est certain qu'il ne peut point opposer la clandestinité de l'acte ; il a été partie au contrat, puisque c'est par ses soins, sur son initiative et dans son intérêt, que sa femme et le subrogé se sont mis avec lui en rapport de droit.

Mais supposons que le subrogé ne soit pas un de ses créanciers personnels et que lui, le mari, ait autorisé la cession. Pour lui donner la faculté que nous lui refusons nos adversaires disent : On ne peut point soutenir en ce cas que le mari ait été *partie* au contrat, car il est de principe que la personne placée à côté d'un incapable pour le protéger ne s'oblige point lorsqu'elle l'autorise à contracter : *qui auctor est non se obligat.* Nous admettons cela, mais nous appliquons ici le principe formulé par nous en matière de transmissions successives de propriété ou de droits réels, et nous pensons avec la Cour de cassation que la fraude fait exception à toutes les règles de droit. On peut, ainsi que nous l'avons dit, ne pas admettre que la fraude puisse être prouvée, dans les cas où cette preuve difficile à faire devrait entraîner des procès nombreux et des décisions souvent arbitraires ; mais quand la preuve est faite d'avance, qu'elle ressort, écrite et authentique, d'une signature apposée à un acte, les dangers et les incertitudes dont nous avons parlé n'existent plus. Le mari

s'est rendu coupable de fraude envers les tiers, ou il s'en rendrait coupable vis-à-vis des parties en attaquant un acte autorisé par lui. Aussi, nous empressons-nous de reconnaître qu'il rentrerait dans tous les avantages de sa qualité de tiers si la subrogation avait été autorisée non par lui, mais par justice.

En ce qui concerne les créanciers chirographaires de la femme, on peut dire pour les éloigner, que les inscriptions et les mentions prescrites par l'article 9 sont aux subrogations ce que sont aux hypothèques les inscriptions ordinaires, et qu'on admet universellement que les hypothèques non inscrites demeurent inexistantes, même au regard des créanciers chirographaires. Nous pensons au contraire que ces créanciers de la subrogeante doivent être admis à opposer, le cas échéant, la clandestinité de la subrogation, car, ainsi qu'on l'a dit avec beaucoup de vérité, s'il est vrai que l'hypothèque non inscrite demeure sans effet, même au regard des créanciers chirographaires du débiteur qui l'a constituée, cette décision de la loi est une dérogation à ce principe de droit commun que les actes qui sont valables au regard du débiteur qui les a passés, le sont également au regard de ses créanciers chirographaires. Or, d'une part, il est constant qu'alors même qu'elle est restée secrète, la subrogation est néanmoins parfaite quant à la subrogeante ; et, d'autre part, il est juste d'admettre que les dispositions exceptionnelles, lors surtout qu'elles prononcent des déchéances, ne doivent jamais être étendues.

POSITIONS.

HISTOIRE DU DROIT.

§ 1.

1. Les lois du tribun Licinius ne furent pas exécutées.

2. Les registres du cens furent utiles au crédit et à la publicité des contrats privés.

3. La tradition *ex justa causa* appliquée aux *res mancipi* n'était point dépourvue de tout effet.

4. La *donatio immodica*, sous la loi Cincia, était inefficace pour l'excédant de la somme permise seulement, *inter partes*.

§ 2.

5. Sous l'ancienne législation française, le défaut d'insinuation pouvait se couvrir par prescription.

6. Sous l'empire de l'ordonnance de 1731, la donation non suivie d'ensaisinement, mais insinuée, était valable, même en Senlis.

DROIT ROMAIN.

7. L'insinuation peut valablement se faire par mandataire.

8. La donation supérieure à 500 *solidi* est nulle pour l'excédant, même vis-à-vis des tiers.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

9. La femme mariée investie de son hypothèque légale ne peut pas céder son rang de priorité sans céder en même temps sa créance.

10. Les donations, qui ont pour objet l'établissement d'une servitude, d'un droit d'usage ou d'habitation sont aujourd'hui soumises à la transcription.

11. Les frais et loyaux coûts du contrat de vente d'un immeuble, payés par le vendeur en l'acquit de l'acquéreur, doivent être colloqués par privilége, de même que le prix principal.

12. Dans le cas où l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué paie les créanciers inscrits sur cet immeuble, avec des deniers à lui prêtés par un tiers, la subrogation qu'il a consentie au profit du prêteur dans les droits de ses créanciers autorise le subrogé à exiger le remboursement de la somme prêtée, sur le prix de revente des biens, par préférence au vendeur primitif, pour la portion du prix qui lui reste due.

DROIT PÉNAL.

13. Le décès du mari depuis la plainte en adultère par lui portée contre sa femme, n'éteint point l'action du ministère public, en répression de ce délit.

14. La tentative de complicité n'est pas punissable.

15. Le duel n'est pas puni par la loi française.

DROIT COMMERCIAL.

16. En cas de vente par un non-commerçant à un commerçant, l'acheteur assigné en paiement du prix par le vendeur ne peut être admis à la preuve testimoniale de sa libération s'il s'agit de plus de 150 fr.

DROIT INTERNATIONAL.

17. La femme française mariée à un étranger peut porter devant les tribunaux français sa demande en nullité de mariage.

18. Le contrat de mariage fait sous seing privé dans un pays où ce mode de rédaction est légalement permis, devra sortir ses effets en France, nonobstant l'article 1394 du Code Napoléon.

Vu :

A. BERTAULD.

Vu par le doyen :

C. DEMOLOMBE

Permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

THÉRY.

1173. — Caen, imp. Goussiaume de Laporte.

TABLE

Numéros.		Pages.
1-207	PREMIÈRE PARTIE : DROIT ROMAIN.	5-179

I

INTRODUCTION HISTORIQUE

1-126	**Sur les conditions de la propriété du sol chez les Romains.**	5-114

CHAPITRE PREMIER.

1- 17	ORIGINES JURIDIQUES ET PHILOSOPHIQUES DES INSTITUTIONS QUI FAVORISÈRENT LE CRÉDIT. — ORIGINES HISTORIQUES : PREMIÈRE PÉRIODE : — DE LA FONDATION DE ROME A LA PUBLICATION DES DOUZE TABLES.	5- 25
1	Exposition. — Les contractants et les tiers.	5
2	Choix du sujet.	6
3	Origines juridiques et philosophiques. — Institutions qui favorisèrent le crédit. — Exposition du système symbolique.	7
4	Origines historiques : Division de M. Blanqui rejetée. — Division de Gibbon adoptée.	10
5	Vrai caractère de la tradition, de la *mancipatio* et de la *cessio in jure*	11
6	Première période. Triple aristocratie : 1° les hommes. . .	12
7	2° Les droits	13
8	3° Les choses	13
9	Causes d'immobilité des biens : Absence de commerce . .	14
10	Influence des mœurs sur l'immobilité des biens. — Loi sur les testaments	16
11	Garanties du crédit : 1° la Terreur, le *Nexus*	16
12	2° Institutions juridiques : *Mancipatio, Cessio in jure,* tradition.	17
13	3° Institutions politiques : le Cens : son utilité au point de vue du droit civil.	18
14	Obstacles au crédit : 1° insuffisance de la science économique ; 2° les agitations.	20
15	Les lois agraires : le consul Spurius Cassius (486), sa proposition, son supplice.	21

Numéros. Pages.

16 Le tribun Genutius veut faire exécuter la loi de Sp. Cassius. Il est assassiné 22
17 Tentative du consul Emilius; elle échoue.— Fin de la première période 23

CHAPITRE DEUXIÈME.

18- 67 ORIGINES HISTORIQUES : DEUXIÈME PÉRIODE : DE LA PUBLICATION DES DOUZE TABLES A LA MORT DE SYLLA. 26- 67

18 Obstacles au crédit pendant la seconde période : Revue des révolutions qui eurent une cause économique (suite).— Des douze tables 26
19 Les tribuns Mécilius et Metilius. Le Sénat, pour triompher d'eux, corrompt leurs collègues. Invasion des Gaulois. Soumission de l'Italie du Nord 27
20 Établissement des colonies. Mise en valeur des terres italiques 27
21 Conquête de l'Italie méridionale. Pyrrhus 29
22 Colonies à Bénévent et à Rimini 30
23 Première guerre punique. Elle n'entrave point le développement colonial et agricole 30
24 Le tribun Licinius. Il reprend la loi agraire. Justesse et profondeur de ses idées 31
25 Sa proposition, triple et indivisible 33
26 Opposition des patriciens.—Indifférence de la plèbe . . . 33
27 Vraies causes de l'échec de Licinius. Sa proposition tout à la fois tardive et prématurée 34
28 Vice originel de l'établissement colonial : les dettes. . . 36
29 Réforme tentée à ce sujet, mais éludée 37
30 Seconde guerre punique. — Annibal. — Apparition de la grande guerre 38
31 Influence de l'agrandissement de la guerre sur l'économie politique 39
32 Opérations entre l'État et les particuliers 39
33 Fin de la seconde guerre punique. Les Gracques . . . 40
34 Tibérius Gracchus. — Son enfance et son éducation, ses voyages en Espagne, en Afrique, en Italie 40
35 État des provinces italiennes. Décadence de l'agriculture libre. Exploitations serviles 41
36 Retour de Tibérius à Rome 43
37 État de l'opinion publique. Sage projet de loi agraire . . 43
38 Résumé des dispositions de la loi Sempronia. — Les sénateurs achètent la trahison d'un collègue de Tibérius. . 44
39 Irritation de Tibérius.—Adoption de la loi par le peuple. — Premières violences 45

Numéros.		Pages.
40	État des colonies. — Pauvreté des colons envoyés. . . .	46
41	Occasion d'y remédier. Le testament d'Attale	46
42	Second tribunat de Tibérius : ses fautes nombreuses . . .	47
43	Les patriciens l'assassinent	48
44	Tibérius Gracchus jugé par Rossi.	49
45	Caïus Gracchus.—Sa jeunesse laborieuse; son culte envers la mémoire de son frère; projets de vengeance.	49
46	Ses débuts oratoires.	50
47	Sa questure en Sicile. Caïus administrateur militaire . .	50
48	Son retour à Rome. Il est élu tribun	52
49	Confusion et multiplicité de ses propositions législatives.	52
50	Caractère de Caïus. Il ne fut pas un ambitieux.	53
51	Travaux publics immenses exécutés sous sa direction . .	54
52	Retour de Caïus à la politique. Il est forcé de servir des intérêts contradictoires	55
53	Froideur du peuple.—Politique du Sénat	55
54	Colonie de Carthage. Caïus est éloigné.	56
55	Son retour à Rome. Amoindrissement de son autorité. . .	57
56	Il n'est pas réélu tribun.	57
57	Emeute des patriciens. Mort de Caïus Gracchus.	58
58	Jugement de Plutarque sur Caïus et sur ses ennemis. . .	59
59	Résumé de l'œuvre des Gracques	60
60	Les invasions.—Les barbares demandent *de la terre* . . .	61
61	Ils sont repoussés par Marius.	61
62	Misérable tentative de lois agraires. Saturninus. Naissance des colonies militaires.	62
63	Propositions du tribun Livius Drusus sur le partage des terres	63
64	Le peuple les adopte. Drusus est assassiné.	64
65	Guerre sociale.—Guerre civile. Marius et Sylla.	65
66	Triomphe du Sénat. Proscriptions : confiscations.	66
67	État de l'Italie à la mort de Sylla. Non-valeur de la terre.	67

CHAPITRE TROISIÈME.

68-103	ORIGINES HISTORIQUES : DEUXIÈME PÉRIODE (SUITE). CICÉRON ET CÉSAR.	68-94
68	Rome après Sylla. Caton. Cicéron. César	68
69	Exposition de la loi agraire de Rullus.	68
70	Cicéron, consul, la combat. Le discours aux sénateurs. .	69
71	Le discours au peuple. — Distribution de la harangue. .	71
72	Analyse : reproches adressés à la loi : arbitraire. Offense au droit de suffrage.	71

Numéros.		Pages.
73	Honneurs promis aux futurs commissaires	72
74	La loi ne spécifie point les terres que l'on vendra	73
75	Elle promet aux détenteurs des terres publiques la liberté de vendre et une indemnité	73
76	Glorification de la propriété collective aux dépens de la propriété privée	74
77	Suite	75
78	Etrange figure de rhétorique	76
79	Glorification de la politique de destruction. — Avantages du séjour de Rome	76
80	Conseil immoral de l'orateur au peuple	78
81	Réfutation du discours de Cicéron. Le mode d'élection.	78
82	Les honneurs promis aux commissaires ne sont qu'un moyen de surveillance établi contre eux	79
83	La loi désigne clairement les terres à vendre. Impossibilité de désigner les terres à acheter	79
84	Transition aux critiques de fond. Propriété collective.	80
85	Utilité des combinaisons proposées. Maux à combattre: 1° Ineptie de l'administration consulaire	81
86	2° Usurpation des patriciens	82
87	Existence de l'usurpation reconnue par Cicéron	83
88	Réussite du projet de Rullus annoncée par Cicéron	83
89	Résumé : avantages économiques ; valeur rendue à la terre. Avantages politiques	84
90	Maladresse de Rullus. Sa défaite. Note sur la question agraire en Amérique et en Australie	84
91	Conséquences du rejet de la loi agraire. Catilina	85
92	Jules César, consul	86
93	Il propose une loi agraire semblable à celle de Rullus.	87
94	Elle est rejetée par le Sénat ; — adoptée par le peuple. Impertinence de César et lâcheté du Sénat	87
95	Exécution partielle de la loi de César	88
96	Conduite pusillanime de Cicéron	89
97	Résumé des deux chapitres précédents. Influence des luttes politiques sur la valeur du sol. Transition.	89
98	Des garanties que le crédit trouva dans le droit écrit. La lex Plætoria	89
99	Suite. La lex Cincia	90
100	Des garanties que le crédit trouva dans les institutions. Le Cens. Publicité des registres	90
101	Les particuliers pouvaient les consulter par l'intermédiaire des tribuns. Textes de Juvénal,	91
102	et de Cicéron	92
103	Des registres privés	92

Numéros. Pages.

CHAPITRE QUATRIÈME.

104-121 ORIGINES HISTORIQUES : TROISIÈME PÉRIODE DE LA CHUTE DE LA RÉPUBLIQUE A SÉVÈRE ALEXANDRE. 95-108

104 Richesse de la science juridique pendant cette période. . 95
105 Les jurisconsultes. Stérilité de leurs efforts. 96
106 Persistance des causes de perturbation de la propriété foncière 96
107 Les esclaves. 98
108 Les confiscations. 99
109 Les confiscations sous Auguste. Virgile, poëte satirique. 99
110 Les confiscations sous les successeurs d'Auguste. 100
111 Efforts de quelques empereurs pour arrêter le mal. Leur impuissance 100
112 Transition. Non-valeur de la terre. 101
113 Désastreuse influence des grands domaines 102
114 L'Italie ne fournit plus de blé. Misère de Rome, la terre devient *res nullius* ; un empereur en donne à qui en veut. 202
115 Premières distributions de terres aux barbares 103
116 Résumé. Transition. Influence restreinte des jurisconsultes sur le crédit. 104
117 Institutions favorables au crédit non conservées par eux. Les registres privés 104
118 Institutions qu'ils purent retenir : 1° classification des choses ; 2° tradition, *mancipatio, cessio in jure*. . . . 105
119 3° Le cens. 105
120 Suite. Influence de l'organisation municipale sur l'utilité du cens 106
121 Innovations des jurisconsultes en faveur du crédit. . . . 107

CHAPITRE CINQUIÈME.

122-126 ORIGINES HISTORIQUES : DE SÉVÈRE ALEXANDRE A CONSTANTIN. 109-114

122 Causes de bouleversement. Les confiscations des empereurs et les invasions des barbares 109
123 Les campagnes abandonnées même par les esclaves. . . 110
124 Essais de Probus et d'Aurelius. Les Bagaudes. Avilissement de la terre attestée par le Droit civil. 111
125 Décadence des institutions favorables au crédit 112
126 On essaie d'en créer de nouvelles. Le récensement des propriétés : l'insinuation des donations. Transition . . 114

Numéros.		Pages.
	II	
127-207	**De l'Insinuation des donations.**	115-179
127	Division	115
	CHAPITRE PREMIER.	
128-138	NATURE ET FORMES DE L'INSINUATION.	116-124
128	Naissance et développement de l'insinuation des donations.	116
129	Nature de l'insinuation. — Système de Savigny	
130	L'insinuation, institution de crédit. — Renvoi à l'historique. — Textes anciens	117
131	Suite. Textes nouveaux	118
132	L'insinuation, formalité intrinsèque et essentielle	119
133	Division	120
134	**A**. Comment l'insinuation doit-elle être faite	120
135	**B**. Devant quel magistrat ? — Solution législative de Constantin	120
136	Suite. Restrictions apportées par les empereurs Léon et Anastase	121
137	Et Justinien. Résumé	122
138	**C**. Par qui l'insinuation peut-elle être requise ?	123
	CHAPITRE DEUXIÈME.	
139-198	DES ACTES POUR LESQUELS L'INSINUATION EST NÉCESSAIRE.	125-169
139	Division	125
	SECTION PREMIÈRE.	
140-183	*Quels actes constituent une donation ?*	125-156
140	Double acception du mot *donatio*	125
141	Cinq conditions sont nécessaires pour qu'un acte constitue une donation	126
142	**I**. Première condition : existence d'un acte	126
143	De l'usucapion sciemment soufferte par le propriétaire	127
144	De la prescription des actions. Constitue-t-elle une donation ? Système de l'affirmative	128
145	Réfutation	129
146	Solution contraire quand il s'agit d'une *exceptio*	129
147	**II**. Deuxième condition : il faut que l'acte soit entre-vifs	130
148	La succession testamentaire n'est point une donation. Texte spécial	130
149	De la *mortis causa capio*	131
150	De la *mortis causa donatio*. Définition	131

Numéros.		Pages.
151	La *mortis causa donatio* doit-elle être insinuée?	132
152	Caractères communs à la donation à cause de mort et à la donation ordinaire.	133
153	Caractères communs à la donation à cause de mort et au legs	133
154	Raisons de douter.	134
155	Textes sur lesquels s'est engagée la controverse.	134
156	Trois systèmes. Premier système : la donation à cause de mort doit toujours être insinuée	136
157	Second système : la donation à cause de mort ne doit jamais être insinuée	136
158	Troisième système : alternative, ou l'insinuation ou la présence de cinq témoins ; réfutation du premier système.	137
159	Suite.	138
160	Réfutation du second système.	138
161	Suite.	138
162	Conclusion et résumé	139
163	**III**. Troisième condition : l'acte doit contenir une transmission	140
164	Du dépôt, du mandat et du commodat.	140
165	Du *Precarium*.	142
166	Des renonciations expresses. Observation importante . .	142
167	Suite. Hypothèses diverses	143
168	Des actions : règle générale. Deux exceptions.	144
169	Influence de l'objet transmis sur la nature de l'acte . . .	144
170	L'affranchissement et l'émancipation ne constituent jamais donation.	145
171	Promesse de donation et donation conditionnelle. Renvoi.	146
172	**IV**. Quatrième condition : enrichissement du donataire. Trois causes exclusives de cet enrichissement.	147
173	1° La première cause procède de la nature de l'objet transmis.	147
174	2° Seconde cause : compensation du gain par une perte .	148
175	3° Troisième cause : perte de la chose. Renvoi	148
176	Affranchissement du donateur. Donation de la chose d'autrui.	149
177	**V**. Cinquième condition : intention d'enrichir.	150
178	Hypothèses douteuses : 1° renonciation à la Falcidie. . .	151
179	2° Don de l'éducation. Distinctions.	151
180	Résumé. Exposition des principes. Éléments de *l'animus donandi*	152
181	Application difficile. La donation rémunératoire doit-elle être insinuée? Discussion. Affirmative adoptée	152

Numéros.		Pages.
182	Autres applications : du fait générateur de la reconnaissance	154
183	Existence de plusieurs intentions. Réserve quant aux donations déguisées.	155
	SECTION DEUXIÈME.	
184-196	*Quelles donations doivent être insinuées?*	157-167
184	Règle générale. Valeur du *solidus*. Division.	157
185	I. Méthode générale de computation. Valeur certaine. Rejet d'une opinion de Savigny.	157
186	Valeur incertaine. Renvoi. Estimation de la donation d'un usufruit ; premier moyen proposé. Il doit être écarté. .	158
187	Second moyen. Il doit être adopté.	159
188	II. Examen analytique des règles à suivre pour déterminer le chiffre de la donation, dans leur rapport avec chacun des éléments qui la constituent. — Existence d'un acte	160
189	Acte entre-vifs. Estimation de la *mortis causa donatio* .	161
190	Transmission. Valeurs accessoires. Intérêts. Annuités. Hypothèse non prévue par les auteurs.	161
191	Estimation de la donation d'une rente	163
192	Cas où les effets de la transmission sont incertains. . . .	164
193	Enrichissement du donataire, seule base de l'estimation. .	164
194	Perte de la chose. Est-elle absolue ou relative?	165
195	Est-elle volontaire ou involontaire?	166
196	Intention d'enrichir. *Negotia mixta*	167
	SECTION TROISIÈME.	
197-198	*Exceptions à la règle de l'insinuation.*	167-169
197	Énumération des exceptions. Observation. Controverse. .	167
198	Énumération ; suite	168
	CHAPITRE TROISIÈME.	
199-207	DES EFFETS DE L'INSINUATION ET DU DÉFAUT D'INSINUATION.	170-179
199	Division. Exposition et résumé.	170
200	Observation critique sur la terminologie en usage. . . .	170
201	I. Effets de l'insinuation ou du défaut d'insinuation entre les parties. Rétrocession à titre gratuit du donataire au donateur.	171
202	Perte de la chose. Question douteuse.	171
203	De l'échange de la chose donnée	173
204	Effets du défaut d'insinuation sur la *donatio sub modo*.	173
205	Influence du défaut d'insinuation sur l'usucapion	173

Numéros.		Pages.
206	Actions qui appartiennent au donateur dans le cas de non-insinuation. Controverse entre les jurisconsultes allemands. Opinion de Marezoll. Résumé. Transition. . .	174
207	II. Effets du défaut d'insinuation vis-à-vis des tiers. De la délégation. Examen d'une question douteuse. Adoption de l'opinion de Savigny.	176
208-365	SECONDE PARTIE : DROIT FRANÇAIS.	181-396
	I	
	RÉSUMÉ HISTORIQUE.	
208-216	**Des institutions qui ont précédé la transcription.**	181-196
	CHAPITRE PREMIER.	
208-213	DES INSTITUTIONS DE CRÉDIT ET DE PUBLICITÉ DEPUIS LA DESTRUCTION DE L'EMPIRE ROMAIN JUSQU'A LA CHUTE DE LA FÉODALITÉ.	181-191
208	Idée générale de la partie historique de ce travail	181
209	Extension de l'insinuation aux actes autres que les donations. — Première période du moyen-âge. Lutte entre les lois romaines et les lois barbares. L'insinuation et les symboles germaniques. Palgrave. M. Michelet.	182
210	Les changements successifs de la condition sociale des Francs font prédominer l'influence du droit germanique.	185
211	Longue victoire de l'élément germanique. La féodalité. Son influence sur la propriété foncière. Publicité des transmissions établie au profit des seigneurs.	187
212	Institutions de crédit féodal propres à chaque province .	188
213	Influence des événements politiques : Les croisades. Réveil du droit romain. Tendances anti-féodales des légistes, des parlements et des ordonnances royales. Extension des bienfaits de la publicité	190
	CHAPITRE DEUXIÈME.	
214-216	DES INSTITUTIONS DE CRÉDIT ET DE PUBLICITÉ PENDANT LA DERNIÈRE PÉRIODE DE L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET DEPUIS 1789.	193-196
214	Idées de Sully et de Colbert. — Lien qui unit l'insinuation au nantissement. Ordonnances de 1731 et 1747.	
215	Résumé. Existence non interrompue des institutions de crédit. Lois révolutionnaires. La transcription. Loi du 2 brumaire an VII. Modifications malheureuses introduites par le Code Napoléon.	193

Numéros.		Pages.
216	Fin de la partie historique. Transition. Tableau généalogique des institutions de crédit et de la transcription. .	197

II

217-365	**De la Transcription.**	197-396
217	Division générale.	197

CHAPITRE PREMIER.

218-289	CARACTÈRES ET ÉTENDUE DE LA TRANSCRIPTION D'APRÈS LA LOI DU 23 MARS 1855	198-274
218	Caractères de la transcription sous la loi nouvelle. A quels actes elle est applicable. Textes.	198

SECTION PREMIÈRE.

219-226	*Des actes entre-vifs translatifs de droits.*	199-209
219	Actes *entre-vifs* seuls soumis à la transcription. Des successions.	199
220	Hésitations du législateur en ce qui concerne les testaments.	200
221	Caractère *translatif* des actes à transcrire. Des partages. .	202
222	Conséquences illogiques et désastreuses du secret des partages.	203
223	Suite.	204
224	Suite.	205
225	Mêmes observations sur le secret des licitations	206
226	Fin et résumé. Opinion de M. Mourlon.	208

SECTION DEUXIÈME.

227-235	*Caractère immobilier des droits transmis.*	209-216
227	Règle générale. Exceptions	209
228	Des immeubles fictifs.	209
229	Actions dans les Compagnies de commerce. — Coupes de bois et récoltes sur pied. — Maison vendue pour être démolie.	210
230	Caractère mobilier de la vente de ces choses.	212
231	L'acte de transmission d'une mine concédée doit être transcrit.	213
232	Il en est autrement de la cession du droit d'exploiter une minière ou une carrière.	214
233	Droits du possesseur sur les bâtiments élevés sur le sol d'autrui	215
234	Droits de l'usufruitier. Controverse.	216
235	Droits du locataire ou fermier. Trois opinions.	216

Numéros.		Pages.
	SECTION TROISIÈME.	
236-240	*Etendue du droit réel transmis.*	217-220
236	Du droit de propriété.	217
237	Des droits réels susceptibles d'hypothèque. — Emphytéose. — Droit de superficie.	217
238	De l'antichrèse. Indivisibilité de l'antichrèse et du droit principal.	218
239	Des actes constitutifs de servitudes.	219
240	Des actes constitutifs de droits d'usage ou d'habitation. Controverse	219
	SECTION QUATRIÈME.	
241-274	*Caractère translatif et forme des actes soumis à la transcription.*	220-259
241	Transition et division.	220
242	De la vente en général. — Promesses de ventes. Controverse.	220
243	De la promesse synallagmatique de vendre et d'acheter. Elle doit être transcrite.	223
244	Promesse de vente avec remise d'arrhes.	226
245	Vente verbale. Elle doit être transcrite.	226
246	Ventes par correspondance.	228
247	Ventes par mandataire. Distinctions.	229
248	Acquisition avec déclaration de command.	230
249	Vente à terme; doit toujours être transcrite.	230
250	Ventes conditionnelles. Division. Controverse.	230
251	L'événement de la condition ne peut être transcrit. . . .	232
252	Vente dont le prix est laissé à l'arbitrage d'un tiers. . .	232
253	Vente alternative.	233
254	Transcription des ventes annulables ou rescindables et des actes de ratification.	234
255	Dation en paiement. — Cession de biens.	234
256	De l'échange. Question résolue par une distinction. . . .	235
257	Question controversée. Trois systèmes.	235
258	Echange entre copartageants. — Echange avec soulte. — Distinctions	237
259	Des transactions. — Réfutation du système de M. Mourlon.	238
260	Des retraits en général. — Du retrait successoral.	240
261	Du retrait d'indivision	241
262	Du retrait litigieux.	241
263	Des sociétés en général.	242
264	De l'association conjugale. Division.	243

Numéros.		Pages.
265	**A**. Applicabilité des règles de la transcription pendant la durée du mariage : 1° régime de la communauté légale; 2° société d'acquêts; 3° clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie.	243
266	4° Clause d'ameublissement. Question importante.	244
267	5° Etc. Des autres régimes matrimoniaux dans leurs rapports avec la transcription.	246
268	Transition. Résumé des règles de la transcription en ce qui touche le remploi. Controverse.	247
269	**B**. Influence de la loi du 23 mars 1855 sur les opérations qui suivent la dissolution du mariage. Points certains. Points douteux.	250
270	De la résolution des contrats. Distinction.	252
271	Des actes administratifs. Ils doivent être transcrits. Controverse	252
272	Des jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique. Antinomie entre la loi du 3 mai 1841 et la loi du 23 mars 1855. Exposé de la question.	254
273	**A**. Premier système : l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 est encore en vigueur.	255
274	**B**. Second système : l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 est abrogé. Réfutation de la première opinion.	256

SECTION CINQUIÈME.

275 et 276	*Des actes de renonciation.*	259-261
275	Textes. Excessive généralité des termes de la loi	259
276	Résumé des distinctions à introduire.	260

SECTION SIXIÈME.

277-281	*Des baux et des actes portant quittance ou cession de fermages.*	261-266
277	Observation sur la méthode suivie.	261
278	Différence entre les baux et les autres actes soumis à la transcription. Le droit qu'ils transfèrent au preneur est *personnel*.	261
279	Du renouvellement des baux. Controverse.	262
280	De la sous-location et de la cession de bail.	265
281	Des actes portant quittance ou cession de loyers ou fermages.	266

SECTION SEPTIÈME.

282-289	*Des actes judiciaires.*	266-274
282	Exposition. Dates.	266
283	Observations critiques sur les termes de la loi	267

Numéros.		Pages.
284	Des jugements soumis à la publicité. Division	268
285	I. Des jugements déclaratifs de l'existence d'un acte soumis à la transcription. Sens du mot *jugement*.	268
286	II. Des jugements d'adjudication. Résumé des règles à appliquer.	269
287	L'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire des biens de la succession n'a pas à faire transcrire le jugement d'adjudication. Controverse.	271
288	III. Des jugements prononçant résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit. Critique des termes de la loi. Distinction.	272
289	Suite et résumé.	274
	CHAPITRE DEUXIÈME.	
290-303	DES FORMES DE LA TRANSCRIPTION.	275-291
290	Division.	275
	SECTION PREMIÈRE.	
291-297	*De la procédure de la transcription.*	275-284
291	Définition. Conditions essentielles et accidentelles de la transcription.	275
292	La transcription d'un acte non enregistré est valable. . .	276
293	Règle générale en ce qui concerne les conditions non essentielles de la transcription.	277
294	De la copie intégrale du titre. Adjudication. Vente. Echange. Partage	277
295	De la mention marginale des jugements. Ses formes. . .	280
296	Observation sur la méthode suivie. Effets de la mention.	281
297	Du délai et du lieu de la mention. Cas particuliers . . .	283
	SECTION DEUXIÈME.	
298-300	*Des personnes auxquelles incombe l'obligation d'accomplir la formalité de la transcription.*	284-287
298	Principe général. Division. Obligation de faire transcrire imposée aux représentants des incapables. Des tuteurs.	284
299	De la responsabilité du mari. Applications diverses. . . .	285
300	Du délai et du lieu de la transcription.	286
	SECTION TROISIÈME.	
301-303	*Des registres de transcription et de la responsabilité du conservateur.*	287-291
301	Cinq registres en usage dans les bureaux de conservation des hypothèques	287

Numéros.		Pages.
302	Publicité de ces registres.	288
303	Responsabilité du conservateur. Limites.	289
	CHAPITRE TROISIÈME.	
304-365	DES EFFETS DE LA TRANSCRIPTION.	293-396
304	Textes. Division.	292
305	Importance des mots *tiers* et *ayant-cause*. — Leurs significations diverses : 1° dans la science du droit tout entière ; 2° dans la loi de 1855. Renvoi.	293
	SECTION PREMIÈRE.	
306-319	*Des effets de la transcription et du défaut de transcription sur la transmission du droit de propriété, des droits réels, et sur les droits résultant des baux.*	296-318
366	Des *tiers* et des *ayant-cause*, d'après l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. Prééminence du droit des premiers sur celui des seconds.	296
307	Conflits entre intéressés dont les titres n'ont pas la même nature : entre le créancier saisissant et le tiers-acquéreur, grave controverse. Trois opinions. Premier système. Jurisprudence	297
308	Second système, de M. Dalloz. Jurisprudence.	298
309	Troisième système, de M. Bertauld. Conclusion. Véritable nature du droit transmis au créancier par la saisie. Discussion et réfutation des deux premiers systèmes. .	299
310	La transcription, faite après la mise en faillite du vendeur, d'une vente valablement faite, est-elle opposable à la masse ? Controverse.	304
311	Conflits entre intéressés ayant des titres de même nature : observation préliminaire. Influence de la mauvaise foi.	306
312	Conflits entre plusieurs acquéreurs successifs. Première hypothèse	308
313	Seconde hypothèse	310
314	Du principe que le vendeur ne transmet pas à l'acheteur plus de droits qu'il n'en a. Application.	311
315	Autre application.	312
316	Influence de la date de la transcription sur son efficacité. Principe général	313
317	Application du principe au conflit existant entre l'acquéreur et le créancier hypothécaire qui ont transcrit et inscrit le même jour	315
318	Effets de la transcription relativement aux droits résultant des baux.	315

Numéros.		Pages.
319	Effets de la transcription sur les quittances et cessions de loyers ou fermages non échus.	317
	SECTION DEUXIÈME.	
320-334	*Effets de la publicité sur l'inscription des priviléges résultant des articles* 2108 *et* 2109 *et sur l'inscription des hypothèques résultant des articles* 2123, 2127 *et* 2129 *du Code Napoléon.*	318-340
320	Modifications apportées par la loi de 1855 au mode de conservation des priviléges et hypothèques. Régimes antérieurs. Régime actuel. Règle générale. Exceptions. Inconséquence de la loi nouvelle	318
321-328	§ 1er. ÉTENDUE DE LA RÈGLE CONTENUE EN L'ARTICLE 6.	320-326
321	Division.	320
322	**A**. Application de la règle nouvelle aux priviléges : privilége du constructeur et du bailleur de fonds	320
323	Privilége des créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines	322
324	**B**. Application de la règle nouvelle aux hypothèques . .	323
325	Une conséquence heureuse de l'abrogation de l'article 834 du Code de procédure.	324
326	Des inscriptions prises au cours de la saisie.	325
327	En cas de plusieurs ventes successives, la transcription du dernier acte suffit pour purger l'immeuble de toutes hypothèques consenties antérieurement mais non inscrites.	325
328	Conflit d'hypothèques entre les créanciers personnels de l'acquéreur et les créanciers des précédents propriétaires.	326
329-334	§ 2. EXCEPTIONS A LA RÈGLE GÉNÉRALE CONTENUE DANS L'ARTICLE 6. DES PRIVILÉGES	326-340
329	Indication sommaire de ces exceptions	326
330	Privilége du copartageant. Importante question. Elle met en jeu le principe de la divisibilité ou de l'indivisibilité des éléments qui constituent le privilége.	327
331	Privilége du vendeur. Solution contraire de la question précédente.	330
332	Quelle est, jusqu'à la transcription, la condition du vendeur à l'égard des ayant-cause de l'acheteur ? Trois systèmes. Théorie du dessaisissement entier, M. Duverger. Théorie du dessaisissement partiel, M. Valette. Théorie du non-dessaisissement, M. Pont. — Loi du 11 brumaire an VII.	331

Numéros.		Pages.
333	État de la question sous la loi du 23 mars 1855. Polémique pendante entre les auteurs. Solution.	335
334	Le vendeur ne peut pas, après la faillite déclarée de son acheteur, inscrire utilement son privilége. Controverse.	338
	SECTION TROISIÈME.	
339-350	*Effets de la transcription sur l'action résolutoire du vendeur.*	340-358
335	Définition de l'action résolutoire. — Historique. — Régime désastreux du Code Napoléon.	340
336	Enquête de 1841. Réformes proposées.	340
337	Réformes proposées en 1850. Système radical des Economistes : suppression de l'action résolutoire.	344
338	Les Jurisconsultes demandent qu'elle soit conservée, mais rendue publique.	345
339	Solution fournie par la loi du 23 mars 1855. Division. .	346
340-345	§ 1er ÉTENDUE DE LA SOLIDARITÉ DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE ET DU PRIVILÉGE DU VENDEUR.	347-352
340	Règle générale. Son caractère. Applications.	347
341	L'action résolutoire ne peut survivre au privilége. Peut-elle *naître* seule? Non.	348
342	Extinction du privilége par la purge. Sens limité de l'article 2180.	349
343	Restriction à la règle de la solidarité entre le privilége du vendeur et l'action résolutoire. Jurisprudence. . .	350
344	De la subrogation dans le privilége du vendeur.	350
345	L'art. 7 n'est pas applicable en matière de vente publique volontaire d'immeubles. Controverse. Transition. . . .	351
436-347	§ 2. QUELS SONT LES TIERS QUI PEUVENT SE PRÉVALOIR DE L'EXTINCTION DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE ?	352-356
346	Les créanciers chirographaires d'une faillite ou d'une succession bénéficiaire, sont des *tiers* dans le sens de l'article 7. Discussion. Objection écartée.	353
347	Suite et conclusion.	353
348-350	§ 3. VRAIE PORTÉE DE LA DISPOSITION TRANSITOIRE DE L'ARTICLE 11.	356-358
348	Exposition.	356
349	La demande en résolution ne peut pas remplacer l'inscription de l'action. Espèce.	357
350	Autre espèce. Solution différente, mais non contradictoire. Jurisprudence.	358

Numéros. Pages.

SECTION QUATRIÈME.

351-359 *Effets de la publicité sur la conservation de l'hypothèque légale de la veuve, du mineur et de l'interdit.* 358-371

351 Transition. Textes 358
352 Importance morale et économique des questions législatives soulevées depuis l'an VII. 359
353 Régime actuel. Division. Méthode. 361
354 Situation faite par l'article 8 aux mineurs, aux interdits et à leurs héritiers 361
355 De la veuve. De la femme séparée de corps ou séparée de biens seulement 362
356 En est-il des héritiers de la femme en mariage comme des héritiers de la veuve? — Trois cas possibles. — Du point de départ de l'hypothèque. 363
357 Question transitoire : de la veuve et de ses cessionnaires. 365
358 Des *tiers* d'après l'article 8. Sens large du mot. Différence avec l'article 3. 368
359 Des droits de la veuve, du mineur devenu majeur et de l'ex-interdit avant l'expiration du délai à eux accordé pour l'inscription de leur hypothèque. 370

SECTION CINQUIÈME.

351 (360)-365 (374) *Effets de la publicité sur la subrogation à l'hypothèque légale de la femme.* 371-376

351 (360) Actes divers par lesquels la femme peut abandonner ou céder le bénéfice de son hypothèque légale. Définitions. Systèmes divers . . 371
352 (361) Réforme de 1841. Unité proposée. Maintien du régime du Code Napoléon. 374
353 (362) Coup d'œil sur ce régime. Capacité de la femme. Principes. Points douteux. Ils sont en dehors du sujet. Renvoi. 374
354 (363) Des formes de la subrogation à l'hypothèque légale, sous le Code Napoléon. 375
355 (364) Loi du 23 mars 1855. Maintien des principes du Code en ce qui concerne la capacité de subroger. 377
356 (365) Innovations profondes en ce qui concerne la forme de la subrogation à l'hypothèque légale. Division. 378
357 (366) I. De la forme intrinsèque de la convention. L'hypothèque légale est-elle cessible séparé-

Numéros.		Pages.
	ment de la créance? Historique de la question. Trois systèmes. Adoption de la négative, même sous la loi nouvelle. Discussion. Arguments tirés des précédents et des travaux préparatoires.	378
358 (367)	Suite. Arguments tirés du texte de la loi. . .	383
359 (368)	Suite et fin. Arguments tirés des principes. — Conclusion.	384
360 (369)	De la cession de rang ou de priorité. Son inexistence juridique.	387
361 (370)	De la subrogation sous forme de renonciation. Résumé.	388
362 (371)	**II.** De la forme extrinsèque de la convention, ou de la forme de l'acte.	389
363 (372)	Ce qu'il faut entendre par l'authenticité sous la loi nouvelle. Effets du défaut d'authenticité.	390
364 (373)	De la publicité exigée par les actes de subrogation à l'hypothèque légale.	391
365 (374)	Effets de la publicité ou du défaut de publicité. Sens du mot *tiers* dans l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 : le mari, ses créanciers chirographaires. — Les créanciers chirographaires de la femme.	393
	Positions.	397
	Table	401

CAEN. — TYP. GOUSSIAUME DE LAPORTE.

ERRATA.

(On prie le lecteur de jeter les yeux sur cette liste de corrections. Les erreurs qu'elles redressent n'ont d'autre cause que l'excessive rapidité avec laquelle l'exécution typographique de ce travail a dû être conduite ; elles ne peuvent en rien être imputées au savant imprimeur, ou à ses ouvriers, qui tous ont prêté à l'auteur le concours le plus actif et le plus éclairé.

H. Chrétien.)

Page 11, ligne 25, après *non*, ajoutez une virgule.
— 13, — 7, après *Quiritium*, ajoutez *jure*.
— 16, — 16, rejetez la virgule qui précède *souvent* après ce mot.
— 22, note 2, au lieu de *avarus*, lisez : *avarum*.
— 28, ligne 2, — *voit*, — *voie*.
— 31, — 28, — *n'eurent*, — *n'eussent*.
— 35, — 3, — *mots*, — *maux*.
— 36, note, v. 2, — *leventes*, — *levantes*.
— 37, ligne 10, — *un des crimes*, — *un de ces crimes*.
— 44, — 25, — *patrimoniales*, — *domaniales*.
— 56, — 4, après *proposant*, ajoutez : *rien*.
— 71, — 14, au lieu de *intarrissables*, lisez : *intarissables*.
— 76, — 21, — *de*, — *du*.
— 78, — 25, — *tes*, — *les*.
— 80, — 8, — *lequel*, — *lesquels*.
— 88, — 15, après *assez*, ajoutez : *pour*.
— 121, note 1, au lieu de *nécessaire*, lisez : *nécessaires*.
— 178, ligne 8, — *créancier ou donataire*, lisez : *créancier du donataire*.
— 182, — 1, — *convaincus*, lisez : *convaincu*.
— 207, — 13, — *ne répond rien*, — *ne répond en rien*.
— 260, — 18, après *distinction*, ajoutez : *que*.
— 278, — 7, au lieu de *le*, lisez : *la*.
— *Id.* — 8, — *celles*, — *celle*.
— 296, — 4, — *appelés*, — *appelées*.
— 329, — 21, — *n'étant que*, — *n'étant que de*.
— 332, — 13, — *action de*, — *action en*.
— 340, — 20 et 21, après *lui-même* placez un point.
— *Id.* — *Id.* — *l'effet* placez une virgule.
— 376, — 22, au lieu de *autrement*, lisez : *aucunement*.
— 382, — 6, — *n'avait*, — *avait*.
— 388, — 16, — *hypothèque*, — *hypothèse*.